Crim. 1c - 1

Abegg. (Jul. F. H.)

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

<36603980810011

<36603980810011

Bayer. Staatsbibliothek

Hiſtoriſch-praktiſche
Erörterungen
aus dem Gebiete
des
ſtrafrechtlichen Verfahrens,

von
Dr. Julius Friedr. Heinrich Abegg,
ordentlichem Profeſſor der Rechtswiſſenſchaft an der Königl. Univerſität zu Breslau.

Erſter Theil.

Berlin,
bei Ferdinand Dümmler.
1833.

113. D.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Vorrede.

Die nachfolgenden Abhandlungen ſchließen ſich nicht nur nach der Form der Darſtellung des Inhalts, ſondern auch nach dieſem ſelbſt, nur in weiterm Umfange genommen, den „Unterſuchungen aus dem Gebiete der Strafrechtswiſſenſchaft" an, die ich vor einigen Jahren den Freunden der Wiſſenſchaft vorgelegt habe. Damals, wie jetzt, habe ich es mir zur Pflicht gemacht, die von mir vorgetragenen Grundſätze über die Verbindung der verſchiedenen Methoden, insbeſondere der philoſophiſchen und hiſtoriſchen mit der ſyſtematiſchen, um auf dieſem Wege dogmatiſch-praktiſche Reſultate zu begründen, und legislative Geſichtspunkte zu gewinnen — auch in einzelnen, hiezu vorzugsweiſe geeigneten Lehren auszuführen. Was ich in der Vorrede zu jenem Werke, und in einer kurzen

Schilderung der leitenden Grundſätze in einer Selbſtanzeige deſſelben bemerkt habe, gilt auch für dieſes, und ich glaube mich darauf beziehen, und nicht manche Mißverſtändniſſe noch beſeitigen zu dürfen. Kenner, deren Urtheil und Belehrung mir wichtig iſt, haben den innern organiſchen Zuſammenhang, den ich zu erfaſſen und darzuſtellen ſtrebe, wohl erfaßt, und mich zum Fortſchreiten auf dem eingeſchlagenen Wege ermuntert.

Wer es weiß, wie beſonders in den ältern Rechten der Römer und Germanen, der Prozeß und die materiellen Rechtsſätze in naher Verbindung ſtehen, daß erſterer größtentheils den Mittelpunkt macht, von welchem letztere ausgehen, hervortreten und erkannt werden, der wird auch noch in engerer, als der gewöhnlichen Bedeutung, die prozeßualiſchen Abhandlungen, für criminalrechtliche gelten laſſen. In dieſer Hinſicht ſchließt ſich die erſte der hier folgenden, die über den Reinigungs-Eid, an die zweite der frühern, die Reviſion der Lehre von den angeblich ſtrafloſen Tödtungen, und beſtimmter an den Inhalt des dritten Abſchnittes derſelben an, welcher den Charakter und Entwickelungsgang des germaniſchen Strafrechts darzulegen ſuchte. Daß nehmlich der

Reinigungs-Eid hier ein weſentliches Glied, ein ergänzendes Moment, nicht nur im Beweisverfahren ſey, ſondern auch für das Syſtem und die Begründung eines, aus der Privatrache allmählig ſich bildenden öffentlichen Strafrechts hoffe ich gezeigt, und damit zugleich die Widerlegung der gangbaren ungeſchichtlichen Anſichten geliefert zu haben, welche man faſt allgemein jetzt von dieſem Mittel, als einer ſ. g. geiſtigen Tortur aufgeſtellt findet. Gründliche Germaniſten haben das obige wohl nie bezweifelt, aber beſonders Eichhorn, Rogge und Biener haben das Verdienſt einer nähern Auffaſſung des Zuſammenhanges, und ich muß ſie als gewichtige Vorgänger dankbar erwähnen, wenigſtens für einzelne Theile meiner, ihrem Plane nach, weiter gehenden Unterſuchungen. Eben ſo knüpft ſich die zweite der jetzigen Abhandlungen, die über das ſichere Geleite, an dieſe hiſtoriſchen Anfänge und Grundſätze des germaniſchen Rechts, von denen ausgehend, es mir möglich war, dieſer Lehre ihre eigentliche Bedeutung und ihre Stelle im Syſtem zu beſtimmen. Gern wähle ich ſolche Aufgaben, deren innerer Zuſammenhang mir bei dem ſelbſtſtändigen Quellenſtudium recht einleuchtend geworden iſt, und deren verbundene Ausführung dann

Gelegenheit giebt, dieſen Zuſammenhang und die feinen Fäden deſſelben aufzuzeigen, die nothwendig verſchwinden, wenn eine ſpecielle Unterſuchung ganz iſolirt und nicht auf der geſammten Grundlage der Rechtsbildung des Volks, wie ſie vorzüglich bei den Germanen erſichtlich iſt, erfolgt. Jene Methode gewährt dann auch den Vortheil, für den beſondern Gegenſtand, eine durch viele andere Lehren des Strafrechts und Verfahrens ſich hindurchziehende Unterſuchung liefern zu können, und ſo weit es der Stoff geſtattet, jeder Seite der Behandlung ihr Recht angedeihen zu laſſen. Selbſt einzelne Mängel — wer ſollte ſich frei von Irrthum halten, und gründliche Belehrung im Intereſſe der Wiſſenſchaft nicht dankbar aufnehmen? — würden dem Verfaſſer, der ohne Anſprüche aufzutreten gewohnt iſt, nachgewieſen werden können, ohne die Methode, die ſich bewährt, und Anerkennung zuſtändiger Richter gefunden hat, als minder richtig darzuſtellen. Und wenn es mir dadurch gelingt, auch andern einen Weg zu bahnen, auf dem ſie mit Erfolg fortſchreiten, ſo ſind meine Bemühungen für das Erkennen der Wahrheit nicht vergebens geweſen. So hat die Reviſion der Lehre der ſtrafloſen Tödtungen, nicht nur dieſen ſpeciellen Gegenſtand möglichſt er-

ſchöpfend behandelt, und zugleich als ein Beitrag zur Lehre des Verbrechens der Tödtung überhaupt ſich wohlwollende Berückſichtigung erworben *), ſondern auch weil ſie nur aus den Grundanſichten des römiſchen, canoniſchen und germaniſchen Strafrechts genügend entwickelt werden konnte, die Veranlaſſung geboten, dieſe ſelbſt aus den Quellen darzuſtellen. Auf ähnliche Weiſe bietet die Abhandlung über den Reinigungs-Eid den Mittelpunkt für Beiträge zur geſchichtlichen Erörterung des germaniſchen ältern und neuern Beweisſyſtems, woran ſich die Dogmengeſchichte ſchließt.

Aber nicht jeder Gegenſtand iſt für eine ſolche Art der Behandlung geeignet, wenigſtens iſt ſie nicht bei jeder gleich belohnend, entweder weil er als ſolcher nur eine beſtimmte Seite darbietet, oder, und dieſes fällt darum häufig zuſammen, weil der hiſtoriſch poſitive Stoff uns verläßt, wie es am meiſten der Fall iſt bei Fragen aus dem Gebiete der Rechtspolitik, die der neuern Zeit angehören, und für die das ältere Recht oft nicht einmal eine Stelle im Syſtem hat. Befriedigt demnach eine wahrhaft hiſtoriſche Methode nicht durch blos

---

*) S. z. B. Birnbaum im neuen Archiv ꝛc. XIII. S. 89.

antiquariſche Forſchung, ſondern durch lebendige Vermittelung der Gegenwart mit der Vergangenheit, die ſie erzeugte, ſo wird es ſich auch rechtfertigen, wenn bei andern Aufgaben, der praktiſche und legislative Geſichtspunkt zum vorherrſchenden gemacht wird, wo er nehmlich als der wichtigere ſich nothwendig geltend macht. Deshalb ſind die unter der Rubrik der dritten Abhandlung zuſammengeſtellten kleinern Erörterungen, welche ſich ihrem Inhalte nach wieder an die erſte, an die Lehre vom Beweiſe, oder die Folgen des Mangels deſſelben anreihen, mehr von der praktiſchen, als von der hiſtoriſchen Seite aufgefaßt.

Zufällige Gründe haben den Druck dieſer Abhandlungen verzögert, welche meinem jetzt erſcheinenden Lehrbuche des ſtrafrechtlichen Verfahrens — einer gänzlichen Umarbeitung und Ausführung des früher von mir herausgegebenen Grundriſſes — vorauszugehen beſtimmt waren, um dort auf ſie verweiſen zu können, was jetzt nur ſelten, und auch da nur im Allgemeinen, nicht bei einzelnen Punkten möglich war. Bei dieſer Gelegenheit muß ich dem (ungenannten) Verfaſſer der Recenſion meiner Unterſuchungen ꝛc. in den Jahrbüchern der juriſtiſchen Literatur, der bei übrigens freundlicher

Anerkennung des Geleiſteten — meine anſpruchslos niedergeſchriebenen Worte (Vorrede S. III.): „ich könne dafür, daß gerade dieſe Abhandlungen jetzt erſchienen, andere zum ſpätern Gebrauch und weiterer Durcharbeitung zurückgelegt ſeyen, nur äußere Gründe angeben", auf eine Weiſe zu einem Vorwurf zu drehen ſucht, wie ich ſie mir in meinen Kritiken (die ich ſtets unterzeichne) nie erlaubt habe, und meiner Denkart nach, niemals erlauben könnte — zu meiner Rechtfertigung die einfache Bemerkung machen, daß es wenigſtens denen, die ſelbſtſtändig in ihrer Wiſſenſchaft auf ſicherm Grund und Boden arbeiten und forſchen, nicht an mannichfaltigem Stoff und Vorarbeiten zu Abhandlungen fehlt, die nebeneinander und im Zuſammenhange entſtehen, indem die Materialien zu vielen, bei Gelegenheit der auf ſpecielle Gegenſtände gerichteten Studien oft mehr gefunden als geſucht werden, welche dann nur der Anordnung und Ausarbeitung bedürfen. Dieſe kann aber, weil wir in Zeit und Raum leben, nicht zugleich für alle geſchehen, und es gehen alſo einzelne andern voraus. So ſind denn, neben den innern Gründen, die ſich aus der Arbeit ſelbſt und dem Verhältniß der Aufgabe zu den Zeitforderungen ergeben, auch äußere

dafür entſcheidend, daß ein Schriftſteller ein Werk oder eine Abhandlung über dieſen oder jenen Gegenſtand, und nicht über einen andern liefert — Neigung, beſonderes Bedürfniß ꝛc. Ich würde hierüber ſchweigen, wie ich auch ſonſt, Feind aller ſubjektiven nicht aus dem Weſen der Sache hervorgehenden Polemik zu thun pflege; ſelbſt gegenüber einem ſo beachtenswerthen Recenſenten, der durch die Ausführlichkeit ſeiner Arbeit (XV. 2. S. 156 — 194. 3. S. 257 — 296.) auf eine mich ehrende Weiſe der meinigen eine genugthuende Anerkennung gewährt, allein wer mein Beſtreben nach Conſequenz in meinen bisherigen Verſuchen zu würdigen weiß *), der wird es mir nicht verargen, wenn ich, ohne hier in den übrigen Inhalt einzugehen, es wenigſtens nicht ſtillſchweigend genehmige, daß man meine eigenen Worte, ja ſelbſt Druckfehler, die ein denkender Leſer ſofort verbeſſert, als Waffe gegen mich ſelbſt gebrauche.

So wird ein aus meiner Anzeige in den Jahrb. für wiſſenſchaftliche Kritik durch Verſetzung eines

---

*) S. Trümmer in den von ihm mit Hudtwalker herausgegebenen Criminaliſtiſchen Beiträgen. III. 2. S. 117 ꝛc.

Interpunktionszeichens dem Sinne nach entſtellter Satz *) in der angeführten Recenſion (S. 265.) in dem guten Glauben, ihn gegen mich ſelbſt geltend zu machen abgeſchrieben. Ob dem Abſchreiber dieſer eine Sinn gegeben, weiß ich nicht, mir aber dürfte er doch wohl zutrauen, daß ich, deſſen Bemerkungen über die wiſſenſchaftliche Methode Biener in einer demſelben Gegenſtande gewidmeten Abhandlung **) faſt auf jeder Seite mit Zuſtimmung anführt, in einer Anzeige und Entwicklung meiner eignen Arbeit ſicher mit mir ſelbſt nicht in Widerſpruch gerathen würde. Gewiß wird der Verfaſſer bei nochmaliger unbefangener Würdigung ſich ſelbſt wundern, die leichte Emendation nicht

---

*) Eine Verhandlung dieſer Art iſt meiſt für andere, als die Betheiligten ohne Intereſſe, und es iſt hier ſtets, wenn man etwas ſagen muß, nur das Weſentliche kurz zu berühren. Am Schluß der aus meiner Anzeige abgeſchriebenen Stelle — „vorauszuſetzen — genug daß wir es erkennen ꝛc." was unverſtändlich iſt, muß das Punktum nach „vorauszuſetzen" ſtehen, und nach „erkennen" geſtrichen werden. Man leſe dort — „vorauszuſetzen. Genug daß wir es erkennen" ꝛc. — nun wird erſt geſagt was wir erkennen, und dann erhält die Stelle erſt ihren rechten Sinn.

**) Im neuen Archiv. X. S. 476 ꝛc. 605 ꝛc.

gefunden zu haben, und mir, wie er ſonſt gethan, auch wo er anderer Meinung iſt, nicht Gerechtigkeit verweigern, die das Einzige iſt, worauf ich Anſpruch mache.

Breslau, im Juli 1832.

Inhalt.

Erſte Abhandlung.

Beiträge zur Geſchichte des Beweisverfahrens im Strafprozeſſe, insbeſondere zur Geſchichte und Kritik des Reinigungs-Eides.

Einleitung . . . . §. 1.
Plan der Darſtellung . . . . §. 2.
I. Allgemeine Betrachtung über den Eid vor Gericht . §. 3.
a. In bürgerlichen Rechtsſachen . . . . . §. 4.
b. Im ſtrafrechtlichen Verfahren . . . . . §. 5.
II. Geſchichtliche Betrachtung.
A. Römiſches Recht . . . . §. 6.
B. Germaniſches und Canoniſches Recht. Verhältniß beider Rechte in dieſer Lehre . . . . . §. 7.
Nationaler und kirchlicher Geſichtspunkt im Allgemeinen . . . . §. 8.
Insbeſondere bei dem Eide . . . . . . §. 9.
Fortſetzung . . . . §. 10.
Verhältniß der purgatio canonica zur vulgaris . §. 11.
Uebergang zu dem germaniſchen Rechte . . . . §. 12.
Geſchichtliche Darſtellung.
Verhältniß zu dem Fehde-Recht und der Compoſition §. 13.
Von den Eideshelfern . . . . §. 14.
Stellung im ältern Beweisſyſtem . . . . . §. 15.
Beſchränkung durch die Kirche . . . . . . §. 16.
Verbindung der germaniſchen und canoniſch-rechtlichen Grundſätze . . . . §. 17.
Entſtehung des Unterſuchungs-Verfahrens . . §. 18.
Einfluß auf die veränderte Art der Beweiſesführung §. 19.
Eigenthümlichkeit des neuen Verfahrens, und Einfluß auf den Reinigungs-Eid . . . . §. 20.
III. Dogmengeſchichtliche und praktiſche Darſtellung.
Einleitung . . . . §. 21.
Italieniſche Praktiker . . . . §. 22.
Deutſche Praktiker vor der Bamb. und Carl's V. P. G. O. . . . . §. 23.

Die Bamb. H. G. O. und die Const. Crim. Carol. Deren Beweisſyſtem . . . . §. 24.
War die Einführung oder Beibehaltung des Reinigungs-Eides durch die Praxis wirklich Bedürfniß? §. 25.
Insbeſondere im Unterſuchungs-Verfahren . . §. 26.
Wirkungen der Indicien . . . . §. 27.
Neue Stellung des Reinigungs-Eides im Syſtem . §. 28.
Gleichzeitige und ſpätere Praktiker. Damhouder . §. 29.
Deutſche Praktiker vor Carpzov . . . . . §. 30.
Carpzov . . . . §. 31.
Deſſen Nachfolger . . . . §. 32.
Anſichten der Neuern von dem Reinigungs-Eid und Würdigung derſelben . . . . . . §. 33.
Erörterung einiger praktiſchen Fälle, mit legislativen Bemerkungen . . . . §. 34.
Fortſetzung . . . . §. 35.
Schluß . . . . §. 36.

Zweite Abhandlung.

Verſuch einer geſchichtlichen Begründung der Lehre von dem ſ. g. ſichern Geleite.

Dritte Abhandlung.

Beiträge zur Lehre vom Geſtändniſſe, dem Verhältniſſe deſſelben zu der Ueberführung und den weitern rechtlichen Folgen, mit beſonderer Berückſichtigung des Preußiſchen Rechts.

I. Ueber den Werth und die Bedeutung des Geſtändniſſes, und den ſ. g. Lohn des freiwilligen Bekenntniſſes.
II. Ueber die Verurtheilung bei unvollſtändigem Beweiſe, und insbeſondere die Form des Urtheils.
III. Ueber das weitere Verfahren gegen einen zu außerordentlicher Strafe Verurtheilten, rückſichtlich ſpätern Beweiſes.
IV. Ueber die an eine außerordentliche Strafe zu knüpfenden Nebenübel.

Erſte Abhandlung.

Beiträge zur Geſchichte des Beweisverfahrens im Strafprozeſſe, insbeſondere zur Geſchichte und Kritik des Reinigungs-Eides.

Einleitung.

§. 1.

In der Lehre vom Reinigungs-Eide begegnet man mehrern herrſchenden Irrthümern, deren Berichtigung gewiß ſchon erfolgt wäre, wenn nicht, wie es ſcheint, die Meinung der Unanwendbarkeit, die praktiſchen Schriftſteller abhielte, die Unterſuchung hierauf zu richten, während Andere, welche das theilweiſe praktiſche Intereſſe anerkennen, wieder durch Vernachläſſigung der gerade hier ſo wichtigen hiſtoriſchen Rückſichten, den Einfluß ungegründeter neuerer Anſichten nicht abzuweiſen vermocht haben. Nun iſt es zwar richtig, daß der Reinigungs-Eid in der Praxis weit ſeltener geworden iſt, als früher, wo noch gemeines Recht zur Anwendung kommt; während in den Ländern, welche eigene Criminal-Prozeß-Ordnungen haben, der Reinigungs-

Eid entweder ausdrücklich für abgeſchafft erklärt iſt,[1]) oder ſtillſchweigend, indem er nicht unter den geſetzlich zuläſſigen Mitteln des Beweiſes erwähnt wird.[2]) Dennoch bleibt die Lehre jetzt noch praktiſch, und wird in verſchiedenen Ländern angewendet, wie erſt neuerlich bekannt gemachte Entſcheidungen beſtätigen, ohnerachtet über die Gefährlichkeit und Trüglichkeit dieſes Mittels die Stimmen der Kenner kaum getheilt ſind. Nur über die Gründe der Verwerflichkeit ſind die Anſichten verſchieden; hauptſächlich ſind letztere aus dem politiſchen Standpunkte aufgeſtellt; der geſchichtliche wird faſt ganz bei Seite geſetzt.

Es wird nicht unpaſſend ſeyn, eine Lehre wiſſenſchaftlich von Neuem zu erörtern, die ſeit längerer Zeit keine ſelbſtſtändige Behandlung erfahren hat.[3]) Die noch jetzt anerkannte Anwendbarkeit derſelben, wird auch in den Augen der Praktiker die Bemühung nicht als eine ganz vergebliche erſcheinen laſſen; die Nothwendigkeit, dabei die geſchichtlichen Grundlagen näher zu würdigen, wird dieſem Verſuche hoffentlich ein umfaſſenderes Intereſſe verleihen, welches außer der unmittelbar praktiſchen Beziehung, auch für ſich zu gelten vermöchte, und endlich wird dieſe gedoppelte Betrachtung der legis-

---

[1]) Preuß. Crim. O. §. 392. — Vgl. Verordnung wegen Einſchränkung des überflüſſigen Gebrauchs der Eide, für Schleswig vom 11. Dec. 1758.

[2]) Bair. Strafgeſetzbuch Th. II. Jedoch Sächſ. Entwurf Th. III. §. 1682 — 1688 hat denſelben beibehalten.

[3]) Ueber die Literatur ſ. im Allgemeinen Mittermaiers Strafverfahren Th. II. §. 177. und Quiſtorp Peinl. Recht. Th. III. §. 756. ꝛc. Der beſonderen Darſtellungen wird gelegentlich Erwähnung geſchehen.

lativ politiſchen Würdigung den Weg bahnen, und mir Gelegenheit geben, meine an einem andern Orte ausgeſprochene, von der jetzt gangbaren Anſicht abweichende Behauptung, noch mehr zu begründen und zu rechtfertigen.

Plan der Darſtellung.

§. 2.

Es iſt damit im Allgemeinen der Gang angedeutet, den die Unterſuchung nehmen ſoll. Indeß macht der Stoff derſelben einige Abweichungen von der ſonſt von mir aufgeſtellten und durchgeführten Methode nothwendig. Da nehmlich bei einem ſo rein poſitiven, in nationalen und religiöſen Anſichten gegründeten Inſtitute, von einer eigentlich philoſophiſchen Betrachtung nicht die Rede ſeyn kann, ſo werden nur wenige allgemeine Andeutungen hier Platz finden, die ausführlichen aber am Ende den politiſchen Bemerkungen beigefügt werden können; und ſo macht denn, wie die weitere Erörterung rechtfertigen wird, die geſchichtliche Darſtellung den wahren Ausgangs- und Mittel-Punkt des Ganzen.

I. Allgemeine Betrachtungen über den Eid vor Gericht.

§. 3.

Da nehmlich der Eid, außer der allgemeinen Eigenſchaft einer von dem Subjekt ausgehenden Wahrheitsverſicherung unter einer Betheuerung, die beſondere und beſtimmtere hat, daß eine Beziehung auf das Poſitive der Religion und des Glaubens ſtatt findet; ſo iſt eben damit die Sache ſogleich der blos philoſophiſchen Betrachtungsweiſe entzogen und in ein anderes Gebiet ge-

wieſen. Allgemein ließe ſich nur etwa Folgendes bemerken: der Verſicherung eines Individuums, welches ſich durch keine bekannten Gründe der Glaubwürdigkeit unwerth gemacht hat, iſt, auch ohne Rückſicht auf eidliche Beſtärkung, Glauben beizumeſſen. Wenn jedoch der Verdacht oder auch nur die Möglichkeit einer Colliſion des ſubjektiven Intereſſes bei der Erklärung über einen fraglichen oder zweifelhaften Umſtand, mit der Objektivität der Wahrheit eintreten ſollte; ſo wird die einſeitige Verſicherung wenigſtens nicht den unbedingten Anſpruch auf Glauben zu behaupten vermögen, und es wird, wenn ſie nicht ganz unbeachtet bleiben ſoll, irgend ein Ausweg getroffen werden müſſen, um jenen Mangel zu erſetzen. Hieraus ergiebt ſich für die Fälle, wo die Ausſage eines Betheiligten die Grundlage eines öffentlichen Ausſpruches im Intereſſe der Wahrheit ſeyn ſoll, z. B. eines gerichtlichen Urtheils — denn von Privatrückſichten iſt hier nicht die Rede — die Regel, daß der zum Vortheil des Ausſagenden ſelbſt gemachten Erklärung für ſich allein nicht, wie dem Zugeſtändniß deſſelben, Glauben beizumeſſen ſey, weil ſich im erſten Falle nicht, wie in dem andern, ein natürlicher und pſychologiſcher Grund darbietet, der die Uebereinſtimmung der ſubjektiven Verſicherung mit der Sache ſelbſt, alſo die Wahrheit, erklärt. Das Bedürfniß, auch von Ausſagen Gebrauch zu machen, welchen jene innere Unterſtützung nicht zur Seite ſteht, führt alſo dazu, andere Hülfe zu ſuchen, welche, indem ſie ihrer Beſtimmung nach ſubſidiär, und in Ermangelung anderer ſicherer Beweismittel, zuläſſig und erforderlich iſt, in ein anderes Gebiet einzugehen nöthigt, ein Gebiet, deſſen Anerkennung als eines höheren, heiligen, von einem Jeden, wenn

gleich nicht in derſelben Form erwartet, und ſo lange nicht beſondere Gründe entgegenſtehen, bei ihm vorausgeſetzt wird. Dieß Gebiet iſt die Religion, und die wahre Grundlage einer innerhalb derſelben gemachten Verſicherung iſt — wenn wir die Sache ſo allgemein zu faſſen ſuchen, daß ſie auf alle Bekenntniſſe, auch außerhalb des Chriſtenthums paſſend ſey, — der Glaube an ein höchſtes Weſen, welches die Wahrhaftigkeit ſelbſt iſt, dem die Wahrheit kund iſt, und welches die mißbräuchliche Berufung auf ſeinen Namen nicht ungeahndet laſſen werde. [4]) Nun iſt zwar, indem die Verſicherung einer Perſon durch deren Eid beſtärkt wird, aus dem blos ſubjektiven Gebiete der Ausſage, der Uebergang in das objektive des religiöſen Glaubens gemacht, und ſo viel es möglich iſt, jenem oben bemerkten Mangel abgeholfen; jedoch nicht vollſtändig, weil auch die eidliche Verſicherung, wie der Glaube, auf dem dieſelbe als beruhend angenommen wird, immer ſubjektiv bleibt; allein dieſem Mangel entgegenzutreten, ſind

---

[4]) Dieſe Anſicht findet ſich vielfach beſtätigt, z. B. 2. Moſ. 20. v. 7. „Du ſollſt den Namen des Herrn, deines Gottes, nicht mißbrauchen, denn der Herr wird den nicht ungeſtraft laſſen, der ſeinen Namen mißbraucht". 3. Moſ. 19. v. 12. — 5. Moſ. 5. v. 11. L. 2. Cod. de reb. cred. et de jurejurando. „Jurisjurandi contemta religio satis Deum ultorem habet." Cicero de legib. II. 7. — „utiles esse autem opiniones has, quis neget, cum intelligat, quam multa firmentur jurejurando, quantae salutis sint foedera religionis? quam multos divini supplicii metus a scelere revocarit, quamque sancta sit societas civium inter ipsos, Diis immortalibus interpositis tum judicibus, tum testibus". Vgl. Malblanc doctrina de jurejurando. ed. alt. Tubing. 1820. P. 3 sq. 34 sq. 50 sq Cic. de leg. II. 9. Tac. Annal. I. 73. — „Deorum injurias Diis curae."

wieder andere Mittel beſtimmt, die dem poſitiven Rechte angehören. Zunächſt, die Möglichkeit des Mißbrauches angenommen, zieht auch die weltliche Geſetzgebung die Sache in ihr Gebiet, indem ſie die Verletzung mit Strafen bedroht und ahndet; doch ſind die Anſichten über den Geſichtspunkt, von welchem aus die Verlezzung der Eidespflicht und die ſtrafrechtliche Behandlung derſelben ausgehen, ſehr getheilt. [5]) Dann aber liegt eine möglichſt größere Sicherheit in der Aufſtellung der Bedingungen und Vorausſetzungen, unter welchen der gerichtliche Eid, von dem wir hier allein ſprechen, ſtatt haben, und in der Art, wie dieſes Beweismittel gebraucht werden darf.

a. In bürgerlichen Rechtsſachen.

§. 4.

Sieht man nehmlich von dem Eide ſolcher Perſonen ab, welche als in der Sache nicht betheiligte, als unpartheiiſche, ihre Ausſagen über irgend einen Umſtand oder Thatſache ihrer ſinnlichen Wahrnehmung beſtärken — Zeugen, Sachverſtändige ꝛc. — ſo werden die Betheiligten nicht zur unmittelbaren eidlichen Beſtärkung ihrer auf ihr ſubjektives Intereſſe berechneten Ausſagen gelaſſen, ſondern, indem ſie vielmehr der Regel nach davon ausgeſchloſſen ſind, [6]) geſchieht es nur ausnahmsweiſe und auf einem Umwege, daß ihnen dieſes möglich wird. Im Civil-Prozeſſe nehmlich, wo ſich

---

[5]) Mein Syſtem der Crim. R. W. §. 502. Not. 135. und §. 510.

[6]) Denn eine auf eigenthümlichen Gründen beruhende Ausnahme, tritt ein z. B. bei dem ſ. g. nothwendigen Eid im Civil-Prozeſſe — dem Erfüllungs- und dem Reinigungs-Eide, dem Würderungs-Eide u. ſ. w.

nach der Natur des demſelben unterworfenen Gegenſtandes, das Prinzip des Verzichts wirkſam äußert, giebt derjenige, welcher eine ihm vortheilhafte, von dem Gegner in Abrede geſtellte Behauptung vorbringt, ſo fern ihm der Beweis derſelben obliegt, ſeine Ueberzeugung der Wahrheit und Gerechtigkeit dadurch zu erkennen, daß er die religiöſe Betheurung, als das Gemeinſchaftliche, folglich Wahre anerkennt, worin, wenn es auf dieſe ankommt, auch ſein jetzt leugnender, oder nicht zugeſtehender Gegner übereinſtimmen werde. Im Bewußtſeyn ſeiner guten Sache will er ſich der eidlichen Verſicherung des Andern unterwerfen, dem er über das Gegentheil ſeiner Behauptung den Schwur anträgt (deferirt), zu welchem er ſich unmittelbar ohne Erfolg erbieten würde. Der Gegner kann, nach Prüfung ſeines Gewiſſens, dieſen Antrag annehmen und den Eid leiſten, oder (abgeſehen von der Möglichkeit einer ſ. g. Gewiſſensvertretung durch Beweis) in gleichem Vertrauen dem erſten den Eid — über das entgegengeſetzte Thema antragen — (referiren). Und dieſes vertragsmäßige Verhältniß hat, wenn man die Natnr privatrechtlicher Streitgegenſtände berückſichtigt, dann weiter keine Schwierigkeit. Die Wahrheit der beſchwornen Erklärung wird, wenn nicht etwa der Beweis eines falſchen Eides geführt werden kann, für das Urtheil, welches formelles Recht macht, und nur zunächſt für die Partheien als Grundlage angenommen [7]) und in noch

---

[7]) S. Heffter Inſtitutionen des römiſch-teutſchen Civilprozeſſes. Bonn 1825. S. 190 — 200. Martin Lehrbuch des bürgerl. Proz. §. 223. ꝛc. Linde Lehrb. §. 301. ꝛc. Baier Vorträge über den ꝛc. Civilprozeß. München 1830. S. 378. ꝛc.

ausgedehnterem Umfange, als es ſonſt bei dem förmlichen Rechtsſpruche der Fall iſt.

b. Im ſtrafrechtlichen Verfahren.

§. 5.

Schwieriger iſt die Anwendung des Eides von Seiten des Betheiligten in Criminal-Sachen, wo das öffentliche Intereſſe des Rechts und der Gerechtigkeit dem Vertrage und Verzicht keine Wirkſamkeit beizulegen geſtattet, wo ſelbſt die nachtheiligen Zugeſtändniſſe, für ſich allein nicht zureichend ſind, um darauf ein Urtheil zu gründen, wo es darauf ankommt, den möglichen Widerſpruch des ſ. g. formellen und materiellen Rechts zu vermeiden, und nicht ein Partheien-Recht, ſondern ein allgemeingeltendes herzuſtellen, wo im eigentlichſten Sinne, ſelbſt in der Form des Anklage-Prozeſſes, keine Partheien vorkommen. [8])

---

[8]) Bei unſerm ſ. g. Unterſuchungs-Verfahren iſt dieſes außer Zweifel. Aber auch bei dem Anklage-Verfahren iſt es vornehmlich das öffentliche Intereſſe des Rechts, nicht eine Privatabſicht, welche geltend gemacht werden ſoll. Daher, weil eben jenes der Fall iſt, kann im Allgemeinen wenigſtens, jeder rechtliche Bürger als Ankläger auftreten, wie dann, bei der Anſchuldigung eines gegen den Staat oder die Verfaſſung ꝛc. begangenen Verbrechens, die Rückſicht auf Privatintereſſe gänzlich wegfällt. Dieſe tritt aber auch, wo das Verbrechen eine Verletzung der Perſon und ihrer Rechte betraf, in den Hintergrund. Wenn jedoch bei manchen Verbrechen dieſer Art die Anklage weniger eine allgemeine Pflicht iſt, die jeder erfüllen kann, als ein beſonderes Recht, von welchem andere Perſonen ausgeſchloſſen ſind, z. B. bei der accusatio e lege Julia de adulteriis, ſo beruht dieſes auf eigenthümlichen, ſittlichen und politiſchen Rückſichten, und ändert nichts am Begriffe. Eben ſo wenig iſt dieſes der Fall, wenn in der geſchichtlichen Geſtaltung und Nachbildung des bürgerlichen Verfahrens ſich einigermaßen ein, dem öffentlichen Intereſſe nicht entſprechender Geſichtspunkt zeigt,

Schon gleich der Unterſchied, welcher in dem ſo eben Bemerkten ſeinen Grund hat, muß ins Auge fallen, daß von einem gegenſeitigen Vertrauen, und einem Anheimſtellen der eidlichen Verſicherung des andern Theils hier die Rede nicht ſeyn könne, ſondern daß der Eid, wenn er vorkommt, lediglich und unmittelbar ein Eid in eigener Sache ſeyn müſſe, der alsdann die Eigenſchaft eines Reinigungs-Eides annimmt, weil er beſtimmt iſt, einen auf der Perſon laſtenden Verdacht zu entfernen. Nehmen wir zuerſt den Fall des Anklage-Prozeſſes, ſo bietet ſich zwar ſcheinbar eine Vergleichung mit dem bürgerlichen Prozeſſe dar; es ſtehen Ankläger und Angeklagte einander als handelnde Perſonen gegenüber. Es bedarf, um dieſes noch voraus zu ſchicken, kaum der Bemerkung, daß hier kein Widerſpruch mit dem oben ausgeſprochenen Satze ſey, wonach wir auch in dieſer Weiſe des Verfahrens das Partheien-Intereſſe leugnen. Dort war die Rede von der Möglichkeit des Verzichts über die dem Willen und Recht von Privatperſonen unterworfenen Gegenſtände. Dieſe kann im Criminal-Recht und Prozeſſe nicht ſtatt finden, wo nur das öffentliche Intereſſe, das der Gerechtigkeit zur Sprache kommt. Nur dieſes verfolgt der im Namen des Rechts und Staats auftretende öffentliche Ankläger, nicht ſein

---

z.B. in der bedingten Möglichkeit des Anklägers, ungeſtraft von der Anklage abzuſtehen, d. h. ohne ſich der Gefahr auszuſetzen, als Prävaricator, Calumniator, Tergiverſator behandelt zu werden, in der zu ſeinem Vortheile gereichenden Abolition ꝛc. Ueber den weſentlichen Geſichtspunkt, der auch dem Anklage-Prozeß in ſeiner hiſtoriſchen Erſcheinung zum Grunde liegt, habe ich ausführlicher geſprochen in der Beurtheilung von Bieners Beiträgen zur Geſchichte des Inquiſitions-Prozeſſes in den Jahrb. für wiſſenſchaftliche Kritik. 1827. S. 982 — 1005.

Privatintereſſe, ſelbſt dann nicht letzteres, wenn er bei einem Verbrechen, welches zugleich die Störung eines Privatrechts-Verhältniſſes bewirkte, der Verletzte oder Angegriffene war, indem beide Rückſichten, auch wo ſie im Verfahren vereinigt würden, doch der Sache und dem Begriffe nach, getrennt ſind. Mehr Grund ſcheint es zu haben, wenn dem Angeklagten ein Privatintereſſe zugeſchrieben würde; allein, genau betrachtet, iſt auch dieſes nicht der Fall. Allerdings iſt, wenn er ſchuldig befunden wird, die Strafe ſein Recht, das ihm widerfährt, aber in nicht anderm Sinn, als ſie das Recht iſt, welches der Ankläger geltend macht, nehmlich das öffentliche und allgemeine Recht, das über dem particulären Standpunkt ſteht. Wird er aber unſchuldig, oder wenigſtens nicht ſtrafwürdig erfunden, und dieſer Fall iſt der wichtigere, ſo iſt es wieder nicht blos ſein Privatintereſſe, der drohenden Gefahr zu entgehen, ſondern gleichfalls das öffentliche, daß überhaupt Gerechtigkeit beſtehe, daß alſo, indem Recht verwaltet und gepflegt wird, der Unſchuldige nicht als Schuldiger behandelt, nicht geſtraft werde.[9]) Alſo, nur der Form, nicht dem Weſen nach, bietet das Anklage-Verfahren eine Vergleichung mit dem Privat-Rechtsſtreit dar. Hieraus ließen ſich wichtige Folgen ableiten, die jedoch dem Gegenſtande der Unterſuchung ferner liegen. — Es wäre nun denkbar, daß die einander gegenüberſtehenden Partheien ſich gleichfalls des Eides in der oben angegebenen Weiſe bedienten.[10]) Allein, abgeſehen davon, daß

---

[9]) Mein Syſtem §. 112. Not. 47.

[10]) In wie fern dieſes wirklich der Fall iſt, wird bei der Erörterung der germaniſchen Rechtsgrundſätze zu erwähnen ſeyn.

hier nothwendig das gegenſeitige Vertrauen fehlt, — daß der Ankläger, dem die Beweislaſt obliegt, weder Veranlaſſung, noch Neigung haben kann, durch den Reinigungs-Eid des Angeklagten ſich der Gefahr, als falſcher Ankläger behandelt zu werden, auszuſetzen, und daß eben ſo wenig jener es auf den Eid des Andern ankommen laſſen kann, deſſen Abſicht, ihn als ſtrafwürdig darzuſtellen, außer Zweifel iſt; ſo ſteht noch der beſondere Grund entgegen, daß, wenn Jemand als Ankläger gegen eine beſtimmte Perſon, wegen eines beſtimmten Verbrechens, öffentlich auftritt, er auch ſeiner Sache ſo gewiß ſeyn muß, daß er nicht zu der Anwendung jenes Beweismittels, wäre es auch zuläſſig, genöthigt ſeyn darf, und es iſt daher eine nothwendige Folge, nicht eine beſondere und ausnahmsweiſe Beſtimmung, daß der Ankläger den Beweis zu führen ſchuldig iſt, und daß er dabei keine Begünſtigung genießt; daß ihn im Gegentheil, wenn er ſeine Anklage nicht zu erweiſen vermag, gewiſſe Nachtheile treffen, und daß das Mißlingen ſeiner Bemühung den Angeklagten befreit, wenn auch deſſen Unſchuld nicht erwieſen iſt — hier entſcheidet nicht der Beweis der Unſchuld, ſondern der Nichtbeweis der Schuld. Theilweiſe Ausnahmen dieſer Grundſätze, wie ſie die Geſchichte lehrt, [11]) erklären ſich aus dem allmähligen Verlaſſen des reinen Anklage-Princips. Das Reſultat iſt demnach, daß bei der Wirkſamkeit des Princips des öffentlichen Rechts von einem willkührlichen Gebrauche des Eides von Seiten der im Verfahren gegen einander thätigen Perſonen nicht die Rede ſeyn könne.

---

[11]) Vgl. unten Not. 134.

Noch weniger kann dieſes aber der Fall ſeyn bei dem ſ. g. Unterſuchungs- oder dem von Amts-wegen eingeleiteten Verfahren. Schon die Verglei-chung mit dem Partheien-Verhältniſſe muß hier wegfal-len. Das Gericht, auch wenn es gegen eine beſtimmte, der fraglichen That verdächtige Perſon, eine verfolgende Thätigkeit bekundet, was doch nur ſehr bedingt, und in ſehr beſchränktem Sinne der Fall ſeyn kann, und allge-mein ausgeſprochen, ſogar eine Unrichtigkeit enthielte — iſt dennoch nicht Parthei, ſondern, da es auf die Wahr-heit, alſo auch auf die Ausmittelung der möglichen Un-ſchuld ankommt, nothwendig unpartheiiſch, und es liegt wenigſtens nicht im Begriffe, wenn es ſich zuweilen anders darſtellt. Hiezu kommt aber noch der weſentliche Unterſchied von dem Anklage-Verfahren, daß hier nicht ſtets, wie bei jenem, ſchon gleich anfangs eine beſtimmte Perſon der Schuld bezüchtigt wird, daß nicht, wie es bei dem Ankläger der Fall iſt, Jemand eine Kenntniß der Schuld zu haben behauptet: ſelbſt wenn die ſ. g. Special-Unterſuchung verhängt wird, welche einen nähe-ren Vergleichungs-Punkt darbietet, iſt der Richter doch nur erſt in der Lage, das erfahren und ausmitteln zu müſſen oder zu wollen, was der Ankläger zu wiſſen behauptet, und darum auch auszuführen hat. Hier ver-bietet die formelle und materielle Seite des Verfahrens auf gleiche Weiſe jene Anwendung des Eides, und es wird, nach dem bisher Ausgeführten, keiner nähern An-gabe der Gründe bedürfen, aus welchen der Eid, der dann nur auf Seiten des Angeſchuldigten denkbar iſt, entweder, wie es am natürlichſten ſcheint, gar nicht vor-kommen kann, oder, wenn es dennoch geſchieht, wie es in beſchränkter Weiſe der Fall iſt, in einer ganz andern

Form und Grundlage, als Reinigungs-Eid zur Anwendung kommt, der praktiſch dann nicht als freiwilliger, ſondern als ſ. g. nothwendiger Eid ſtatt findet. Was aber geſchichtlich ſich anders geſtaltet hat, wiefern ſolcher Eid zu leiſten, nicht eine auferlegte Pflicht, ſondern auch ein Recht ſeyn könne, auf welches Jemand Anſprüche machen kann, gehört dieſem Theile der Betrachtung nicht an. Wir ſchließen aber dieſelbe mit dem gefundenen Ergebniß der Unzuläſſigkeit des Eides eines Angeſchuldigten, indem andere hier ſich darbietende Bemerkungen, weiter unten, bei der Würdigung des praktiſchen Rechts, zweckmäßiger angeknüpft werden können.

II. Geſchichtliche Betrachtungen.

A. Römiſches Recht.

§. 6.

Bei der hiſtoriſchen Unterſuchung beginnen wir nicht unpaſſend mit dem Römiſchen Rechte. Könnte dieſes vielleicht überflüſſig erſcheinen, weil daſſelbe für die auf ſpätern geſchichtlichen Gründen beruhende Lehre vom Reinigungs-Eid angeblich nichts darbietet, ſo iſt es doch nicht geſtattet, dieſe Behauptung ohne Beweis hinzuſtellen, — vielleicht dient auch die Bemühung dazu, einige Anſichten zu begründen, von denen wenigſtens mittelbarer Gebrauch gemacht werden kann. Wir werden hier zum Theil Beſtätigungen der allgemeinen Anſichten finden, und auf dieſe verweiſen können. Darf nehmlich ſchon hier das Reſultat der Prüfung angegeben werden, ſo iſt es allerdings richtig, daß im römi-

ſchen Strafverfahren ein Eid, in der Geſtalt, die er ſpäter als Reinigungs-Eid annahm, gänzlich unbekannt ſey, wie dieß unter Andern neuerlich Biener [12]) auch, und mit Recht, behauptet hat.

Mehrere Stellen des römiſchen Rechts gedenken zwar der Anwendung des Eides, in ſolchen Fällen, die wir zu den criminellen zu rechnen gewohnt ſind, allein eine nähere Betrachtung wird lehren, daß hier entweder lediglich, oder doch hauptſächlich, der privatrechtliche Geſichtspunkt aufgefaßt iſt. So ſagt Ulpian in L. 3. §. 1. D. de jurejurando (XII. 2.) „Quacunque autem actione quis conveniatur, si juraverit, proficiet ei jusjurandum, sive in personam, sive in rem, sive in factum, sive poenali actione, vel quavis alia agatur, sive de interdicto."

Es bedarf keiner Erläuterung der deutlichen Stelle. Die actio und accusatio ſind einander ſo entgegengeſetzt und werden regelmäßig ſo ſtreng techniſch gebraucht, daß hier ſelbſt bei der Erwähnung der poenalis actio jeder Gedanke an eine criminelle Anwendung entfernt wird. Auch der Schluß des §. 3. eod. der wenigſtens eine Beziehung ſolcher Art enthalten könnte, bietet keinen Beweis für die entgegengeſetzte Anſicht dar. — „Et ait: veritatem esse quaerendam, quia jusjurandum alteri neque prodest, neque nocet; matris igitur jusjurandum partui non proficiet, nec nocebit, si mater detulerit, et juretur ex eo praegnans non esse. Im Gegentheil erhellt hieraus recht eigentlich nur die

---

[12]) Beiträge zur Geſchichte des Inquiſitions-Prozeſſes. Leipzig 1827. S. 22. Vgl. auch Vogel Unterſ. über die Beſtandtheile des Pandekten-Rechts. Leipzig 1831. S. 42. 43.

privatrechtliche vertragsmäßige Seite, wonach das durch den Eid hergeſtellte Reſultat nur für die Intereſſenten, nicht für ſich gilt, und vielmehr die Wahrheit, wenn ſie auf anderem Wege ermittelt wird, davon ganz unabhängig iſt. Würde man aber von dieſer und ähnlichen Stellen (z. B. Ulp. L. 5. §. 8. D. de injuriis: „Hac lege permittitur actori jusjurandum deferre, ut reus juret injuriam se non fecisse") bei uns, ſo weit der Reinigungs-Eid gebraucht wird, eine Anwendung machen wollen, worauf wir weiter unten kommen werden, ſo könnte man ſich derſelben vorzugsweiſe bedienen, um die Verwerflichkeit eines ſolchen Eides zu zeigen. — Dagegen ſcheint eine ſtrafrechtliche Anwendung in L. 9. §. 2. D. eod. angedeutet, wo Ulpian ſagt: Si damnetur quis post jusjurandum ex famoso judicio, famosum esse magis est." Allein wir dürfen uns hier nicht blos an das Reſultat halten, daß die Verurtheilung aus einem famosum judicium die Infamie begründe, die freilich auch bei einem publicum judicium eintreten kann.[13]) Auch privatrechtliche judicia ſind famosa, und davon iſt hier die Rede, wie dann auch, wenn man die Vorausſetzungen berückſichtigt, hier der Eid von dem Gegner des Verurtheilten geleiſtet iſt, der den von ihm angetragenen, ihm

---

[13]) L. 1. D. de his qui notantur infamia. III. 2. L. 7. D. de publicis judiciis. XLVIII. 1. (Mascov) „Infamem non ex omni crimine sententia facit, sed ex eo quod judicii publici causam habuit. Itaque ex eo crimine, quod judicii publici non fuit, damnatum infamia non sequetur: nisi id crimen ex ea actione fuit, quae etiam in privato judicio infamiam condemnato importat; veluti furti, vi bonorum raptorum, injuriarum". Mein Syſtem §. 126.

ſelbſt zurückgeſchobenen Eid angenommen hatte. Dieß wird auch durch eine andere Stelle Ulpians beſtätigt, wobei man, was ohnedem die Stelle ſelbſt deutlich ſagt, wieder nur eine privatrechtliche Seite zu erkennen hat, weil bei Privatdelikten das Verfahren auf den Grund der actio, nicht der accusatio ſtatt findet. Ich meine die L. 6. §. 4. D. de his qui notantur infamia. III. 2. „Sed et si jurejurando delato juraverit quis, se non deliquisse, non erit notatus, nam quodammodo innocentiam suam jurejurando approbavit." Um aber dieſe Stelle, namentlich die Bemerkung zu verſtehen, daß der Schwörende nicht notirt werde, muß man die unmittelbar vorhergehende zu Hülfe nehmen, wonach derjenige, der einer gegen ihn gerichteten Anſchuldigung halber mit dem Gegner paciscirt, um ihn zum Abſtehen von der infamirenden Klage zu bewegen, dadurch eben ſich ſchuldig bekennt, und daher notirt wird,[14]) obgleich auch Ausnahmen davon gelten.[15]) In ſo fern nun der Eid ſelbſt, in ſolcher prozeſſualiſchen Anwendung als ein Paktum betrachtet wird, ſo müßte, formell genommen, der Erfolg der nehmliche ſeyn. Dieſer Anſicht begegnet Ulpian, durch das

[14]) L. 4. §. 5. D. de his qui not. inf. (Ulp.) „Item si qui furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, de dolo malo suo nomine damnatus, pactusve erit, simili modo infames sunt." L. 5. D. eod. (Paulus) „Quoniam intelligitur confiteri crimen, qui paciscitur."

[15]) L. 6. §. 3. D. de his qui not. inf. (Ulp.) „Pactusve (inquit) erit." Pactus sic accipimus, si cum pretio quantocunque pactus est: alioquin et qui precibus impetravit, ne secum ageretur, erit notatus, nec erit veniae ulla ratio; quod est inhumanum. Qui jussu Praetoris, pretio dato pactus est, non notatur." Vgl. §. 4. eod.

das Hervorheben der materiellen Seite des Eides, wonach der, welcher ſeine Unſchuld beſchwört, Glauben erhält, weil er ſie wenigſtens gewiſſermaßen bewieſen hat. Denn obſchon dieſer Beweis nicht als vollſtändig erſcheint, ſo würde es doch zu einem Widerſpruch führen, eine Folge zu erkennen, die den Eid, als nicht wahrhaft würdigen ließe, was die Römer auch ſonſt vermieden. [16]) Jene privatrechtliche Seite findet ſich ferner bei Ulpian in L. 16. D. de jurejurando. „Si patronus libertam suam uxorem duxerit, non compelletur jurare de rerum amotarum judicio, sed et si ipse deferat jusjurandum libertae suae, de calumnia non debet jurare."

Das Verhältniß der Ehrerbietung Freigelaſſener gegen den Patron, dient zur Erklärung der Eigenthümlichkeit, die hier rückſichtlich der Befreiung des Patrons vom Eide ſtattfindet. [17]) Endlich gehören unter obigen der criminalrechtlichen Behandlung fremden Geſichtspunkt, folgende Stellen von Paulus, über Privatdelicte. L. 28. §. 5 — 7. D. de jurejurando. §. 5. „Si quis juraverit, se non rapuisse, non debet adjurari hoc jurejurando in actione furti aut condictione, quia aliud est, furtum fecisse, quod et clam fieri potest." §. 6. Colonus, cum quo

---

[16]) So daß auch ſelbſt ein Urtheil unentbehrlich iſt: und die naturalis obligatio nicht geltend gemacht werden kann. — L. 2. D. de jurej. (Paulus) Iusjurandum speciem transactionis continet, majorem que habet auctoritatem, quam res judicata. L, 27. eod. (Quius). Iusjurandum etiam loco solutionis cedit. L. 95. §. 4. D. de solut. (Papin.) Naturalis obligatio, — jurejurando ipso jure tollitur. — L. 12. de jurejur.

[17]) Vgl. Zimmer Röm. R. G. §. 217.

propter succisos forte arbores agebatur ex locato, si juraverit, se non succidisse, sive e lege duodecim tabularum de arboribus succisis, sive e lege Aquilia damni injuria, sive interdicto quod vi aut clam postea convenietur, per exceptionem jurisjurandi defendi poterit. §. 7. Quae juravit divortii causa rem se non amovisse, non debet defendi per exceptionem, si cum ea in rem agatur, et si contendat suam esse, alio jurejurando opus est; contra si juraverit, suam esse, debet in actione rerum amotarum defendi. Et omnino hoc observandum est, licet per aliam actionem eadem quaestio moveatur, ut exceptio jurisjurandi locum habeat."

Jedoch bieten dieſe Stellen für den praktiſchen Gebrauch eine analoge Anwendung in Anſehung der Frage dar, was durch den Eid erwieſen ſey, und in wiefern dem dadurch hergeſtellten Reſultat ein Einfluß auf den Gegenſtand einer ſpäteren Unterſuchung zu geſtatten ſey, abgeſehen von der Möglichkeit, den Eid als falſch darzuſtellen.

Aber auch die andern Stellen, auf welche ſich unter andern Carpzov[18]) beruft, um Spuren des Reinigungs-Eides im Römiſchen Rechte zu finden, laſſen ſich auf einfache Weiſe, entweder von bloßen Privatrechtsſtreitigkeiten verſtehen, oder wo wirkliche Criminalſachen, und zwar nach der ſpätern Weiſe des Verfahrens in Betracht kommen, beziehen ſie ſich doch nicht auf die Anwendung des Eidſchwurs, welche den Reinigungs-Eid charakteriſirt. Die Worte aus Leo's Conſtitution 6. §. 4. Cod. de his qui ad eccles.

---

[18]) Prax. crim. Qu. 116. N. 62.

conf. l. 12. — „de sua conscientia satisfacere — jubeatur —" deuten auf einen ſ. g. Manifeſtations-Eid; eben ſo iſt in Juſtinians Conſtitution C. 3. §. 5. Cod. de jure dominii impetrando. VIII. 34. die Beſtimmung: „sacramenti religionem creditor praestare compellatur, quod nulla machinatione, vel circumscriptione usus est:" eine nur auf Privatrecht ſich beziehende. Weder dieſe noch andere hiefür angeführte Stellen [19]) vermögen jene ungegründete Behauptung zu unterſtützen.

Aber abgeſehen davon, daß wir weder beſtimmte Stellen in den römiſchen Rechtsſammlungen finden, welche dafür ſprächen, noch diejenigen, welche auch nur eine entfernte Andeutung enthielten, anders als auf eine jener Anſicht durchaus widerſprechende Weiſe auszulegen berechtigt ſind, bietet auch eine ſelbſtſtändige Betrachtung des ſtrafrechtlichen Verfahrens die Gründe dar, aus welchen hier von einem Reinigungs-Eide kein Gebrauch gemacht werden konnte, den weder Geſetze, noch Sitte kennen, und auch eine Uebertragung der Verhältniſſe und Rechte der Partheien im bürgerlichen Rechtsſtreite, auf die des Anklägers und Angeklagten, zeigt ſich völlig unſtatthaft. Dieſe werden überhaupt rückſichtlich deſſen, was die Beweiſe der in Frage ſtehenden Umſtände betrifft, zu keinem Eide gelaſſen, weder ſelbſtſtändig, noch auf den Grund eines vom Gegner ausgehenden Antrages. Denn der Eid für Gefährde,

---

[19]) L. ult. §. 10. Cod. de jure deliber. L. ult. Cod. de fide instrument. L. 26. in f. Cod. de usuris. L. ult. §. ult. Cod. de bonis auctor. jud. poss.

den der Ankläger leiſten muß,[20]) hat nur die Ueberzeugung deſſelben zum Gegenſtande, daß er mit Grund als Verfolger auftrete, ohne den Inhalt des Beweiſes zu betreffen, den er im Laufe des Prozeſſes zu führen hat, er läßt ſich nicht mit der unter beſtimmten Vorausſetzungen zum Beweiſe und der Ueberführung zuläſſigen Eidesleiſtung des Anklägers, und ſeiner Eideshelfer im ältern germaniſchen Rechte vergleichen.

Wir gedenken zuvörderſt noch der Verordnung Juſtinians in der Novelle 124. Cap. 2., welche, nach der Meinung Einiger, vom Reinigungs-Eid ſpricht. Es iſt hier die Rede von Partheien, welche ſich ſelbſt der an andern verübten Beſtechung anklagen. Nachdem die Folgen und das Verfahren, wie es in Civilprozeßſachen (pecuniaria causa) ſtatt finden ſolle, geſchildert ſind, heißt es weiter: „Si autem criminalis sit accusatio, confiscationem propriae substantiae patiatur, et mittatur in exilium, qui propter acceptionem alienum crimen in se transponi festinavit. Si autem datum aut promissum litigator probare nequiverit: juret persona, quae datum aut promissum dicitur suscepisse, quia neque per se, neque per aliam personam, aut accepit, aut promissionem habuit: et hoc praebito sacramento, ipse quidem liber sit; litigator autem qui non potuit ostendere etc. Si quis autem litigantium juraverit se non dedisse, aut non promisisse, intra decem vero menses post prolatam sententiam numerandos ostendatur

---

[20]) Liv. XXXIII. 47. Fragm. legis Serviliae bei Klenze. Sigonius de judiciis II. 10. Ascon. Ped. zu Cic. pro Cornelio p. 128

dedisse, memoratae poenae et contra dantes et contra accipientes habeant locum. In causis autem quae per tutores aut curatores aguntur, sacramenta quidem tutores aut curatores praestent. Si qua vero memoratarum poenarum locum habuerit per talia sacramenta, hanc tutores aut curatores sustineant, nullo ex hoc praejudicio generando iis, qui sub tutela aut cura esse noscuntur.[21])

Man hat geglaubt hier den Fall zu finden, wo einem der geduldeten Beſtechung verdächtigen Richter, das juramentum purgatorium auferlegt werde, und es wenigſtens als doppelte Singularität hingeſtellt, daß grade nur hier, nicht bei andern Verbrechen, auf welche ſelbſt die Vertheidiger dieſer Anſicht es nicht auszudehnen wagten[22]) dieſer Eid auferlegt worden, und daß dieſes der Fall ſey, obgleich der Angeber, der doch als ſolcher, und indem er ſeine eigene Schändlichkeit bekennt, keinen Glauben verdiene — nichts bewieſen habe; während der Reinigungs-Eid bei uns ohne einen gegründeten Verdacht nicht auferlegt werden könne.[23]) Allein es würde dennoch unrichtig ſeyn, dieſen Eid als einen andern zu betrachten, wie den Calumnien-Eid, den nach derſelben Novelle Cap. 1. auch die Streiter dahin leiſten ſollen, daß ſie weder etwas gege-

---

[21]) Vgl. Auth. Novo jure. Cod. de poena judicis qui male judicavit. VII. 49.

[22]) Brunnemann, Richter, Stephan zu der angeführten Authentike und Novelle, Matthaeus de criminib. Lib. 48. Tit. 15 Cap. 6. N. 1. mit Berufung auf L. 14. D. de legibus.

[23]) G. S. Ludovici (Praeside J. H. Boehmer) Diss. de usu juramenti purgatorii in criminalibus. Halae 1723. 4to S. 9. Vgl. Not. 165.

ben, noch verheißen hatten, noch wollten; wobei auch wegen der Verweigerung des Eides privatrechtliche Nachtheile angedroht ſind.[24])

Wir kehren zu der vorigen Betrachtung zurück. Das Verhältniß in welchem der Ankläger, zu dem Angeklagten und zu dem Volke ſtand, erfordert nothwendig, daß er den zur Verurtheilung gehörigen Beweis liefere; ſo, daß er, ohne vorher die nöthigen Beweismittel ſich verſchafft und geſichert zu haben, nicht leicht es wagen wird, eine Anklage gegen Jemand zu richten;[25])

---

[24]) Vgl. L. 6. Cod. ad leg. Jul. repetundar. IX. 27. wo der Eid — neque dedisse quidpiam, neque daturos ꝛc. — welchen Beamte zu leiſten haben, ohne Vorausſetzung irgend einer Verſchuldung oder auch nur eines Argwohns, durchaus mit dem ſpätern Reinigungs-Eid nichts gemein hat, und ſich ohne Schwierigkeit, aus dem Verhältniſſe ſelbſt, und aus der Stelle erklärt, und zu den herkömmlichen Mitteln gehört, ſich der Treue des Beamten möglichſt zu verſichern. —

[25]) L. 7. D. de accusat. et inscript. XLVIII. 2. (Ulp.) „Si cui crimen objiciatur, praecedere debet in crimen subscriptio; quae res ad id inventa est, ne facile quis prosiliat ad accusationem, cum sciat inultam sibi accusationem non futuram". Es mußte alſo gewiß ein auf ordentlich geſammelte Beweisgründe ſich ſtützender hoher Grad der Zuverſicht vorhanden ſeyn, wenn Jemand mit gutem Gewiſſen den Eid für Gefährde ableiſten, in crimen subscribere und ſich der Gefahr der Talion, als Calumniator nicht ausſetzen wollte. Vgl. L. 3. Cod. qui accusare non possunt. IX. 1. L. 7. Cod. de accusat. IX. 2. — „nec impunitam fore noverit licentiam mentiendi, cum calumniantes ad vindictam postulat similitudo supplicii." L. 1. §. 1 — 5. D. ad SCtum Turpillianum. XLVIII. 16. L. 1. 3. 10. Cod. de calumniatoribus. IX. 46. L. 2. Cod. de exhibendis et transmittendis reis. IX. 3. Daß übrigens eine Losſprechung des Angeklagten, für ſich allein, noch nicht die Folge hat, den Ankläger als Calumniator erſcheinen zu laſſen, und daß in einem ſolchen Falle

nur wenige Fälle würden es geſtatten, auf ein Geſtändniß zu rechnen, das übrigens, wenn es an andern Beweismitteln nicht fehlt, auch nicht erforderlich iſt,[26]) und jedenfalls nicht die ſelbſtſtändige Bedeutung hat, die ihm im Unterſuchungsverfahren beigelegt worden iſt. Hat der Staat ein Intereſſe, daß es nicht an öffentlichen Anklägern fehle, wo das Verfahren dieſes erfordert, ſo iſt er dabei nicht minder intereſſirt, daß kein Mißbrauch zur Verfolgung der Unſchuld getrieben werde, und es iſt nur der Verfall des Rechts und der beſſern Sitte im Anfang der Kaiſer Regierung, welcher eine traurige Abweichung von jenem Grundſatze, in der Begünſtigung der Angeber und der Habſucht zu erkennen giebt, die ſich durch Vermögens-Einziehungen zu befriedigen, und zu dieſem Zwecke beſonders der Unbeſtimmtheit des Begriffs des Majeſtäts-Verbrechens zu bedienen ſucht.[27]) Abgeſehen aber davon iſt in früherer und ſpäterer Zeit die Unfähigkeit eine Anklage rechtlich durchzuführen und zu erweiſen, der Vortheil des Angeklagten, und der Nachtheil des Anklägers, dem dabei keine amtliche Thätigkeit der Richter, wenigſtens nicht unmittelbar erleichternd zu Hülfe kommen

---

dennoch letzterer vorwurfsfrei ſeyn konnte, iſt bekannt, und auch in mehreren Stellen, aus den hier angeführten Titeln deutlich genug geſagt. Vgl. Matthaeus lib. XLVIII. Tit. 15. Cap. 1.

[26]) L. 16. Cod. de poenis. IX. 47. L. 25. Cod. de probationibns. IV. 19. L. 1. D. de quaestionibus. XLVIII. 18. — „aliis argumentis ita probationi admovetur, ut sola confessio — deesse videatur.

[27]) Vgl. Dieck hiſtoriſche Verſuche über das Criminalrecht der Römer. S. 111. ꝛc. Plin. Panegyricus Cap. 42. „Majestatis singulare et unicum fuit crimen illorum, qui crimine vacarent.

kann. Nur in ſo fern war dieſes der Fall, als neben den vorhandenen Indicien, und auf den Grund derſelben, ſo wie im Fall der Unterſtützung, durch gewiſſe, dem Angeklagten nachtheilige Präſumtionen, die jedoch weniger allgemeiu, als vielmehr durch Geſetze (die eigentlichen leges de judicio publico, bei den crimina ordinaria) [28]) für einzelne Verbrechensgattungen aufgeſtellt waren, der Unterſuchungs-Richter den Angeklagten der Folter unterwerfe, wozu bekanntlich aber auch, nur unter näher beſtimmten Vorausſetzungen, und nicht gegen Angeklagte jedes Standes geſchritten werden durfte. [29]) Dagegen konnte der Richter dem Ankläger nicht durch Auferlegung eines Reinigungs-Eides (wenn dieſer überhaupt bekannt geweſen wäre,) ſeine ſchwierige Verpflichtung erleichtern. Und ſo wie dieſes, und die von Seiten des Anklägers ausgehende Delation eines Eides, ſchon an ſich dem Princip und Charakter des römiſchen accuſatoriſchen Verfahrens widerſprechend geweſen wäre, ſo würde ſie auch mit dem Intereſſe des Anklägers unvereinbar und demſelben völlig entgegen geweſen ſeyn, da der Verdacht und die Verführung zu einem falſchen Eide zu nahe lag, und jener in eine Gefahr dadurch gerieth, der er in ſeiner Stellung, und vermöge der in crimen inscriptio durch-

---

[28]) Das Aufhören des alten ordo judiciorum publicorum hat daran, und an den weſentlichen Erforderniſſen des Beweiſes nichts geändert. L. 8. D. de publicis judiciis. XLVIII. 1. (Paulus) „Ordo exercendorum judiciorum publicorum capitalium in usu esse desiit: durante tamen poena legum, cum extra ordinem crimina probantur."

[29]) L. 18. §. 1. D. de quaestion. XLVIII. 18. L. 8. §. 1. L. 12. 16. Cod. eod. IX. 41.

aus nicht ausgeſetzt werden konnte. Wenn wir demnach von der Zuläſſigkeit und dem praktiſchen Gebrauch des Purgatoriums in Criminal-Sachen nirgends eine Erwähnung, nirgends auch nur eine Spur finden,[30] ſo iſt es, bei der ſonſt ſo oft behaupteten Uebertragung civilprozeſſualiſcher Beſtimmungen auf das ſtrafrechtliche Verfahren von doppelter Wichtigkeit, daß wir auch der innern Gründe uns bewußt ſeyen, aus welchen jenes nicht der Fall ſeyn konnte.

B. Germaniſches und Canoniſches Recht. — Verhältniß beider Rechte in dieſer Lehre.

§. 7.

Den Urſprung des Reinigungs-Eides in Criminal-Sachen, finden wir im Rechte der chriſtlichen Kirche,

---

[30]) Eine ſolche wird man wohl nicht in den Worten Ulpians finden wollen. L. 5. D. de publicis judiciis. „Si qui reus factus est, purgare se debet. Die weiteren Worte der Stelle ergeben, daß die Rede davon iſt, in wie fern der Angeklagte ſelbſt wieder als Ankläger auftreten könne; — nec ante potest accusare, quam fuerit excusatus. Constitutionibus enim observatur, ut non relatione criminum, sed innocentia reus purgetur.“ Was es aber heiße — purgare se, muß aus den Grundſätzen des Römiſchen Rechts über den Beweis in Criminalſachen beantwortet werden, — nach welchen ein Reinigungs-Eid unbekannt iſt. Wenn gleich hier nicht ein Beweis der eigentlichen Unſchuld, ſondern nur Freiſprechung erfordert wird, wie aus §. 1. eod. und dem daſelbſt aufgeſtellten Zweifel erhellt; ſo ſoll doch das nicht hinreichen, daß der Angeklagte dem Gegner auch Verbrechen vorwirft, ſondern er ſelbſt ſoll auf andere Weiſe, als auf dieſe, der Gefahr zu entgehen ſuchen. Aber mehr, als die formelle Beſtimmung, daß er ſich mit Erfolg gegen die Anklage rechtfertigen ſolle, enthält die Stelle nicht, und namentlich nichts über die Art, wie er dieſes zu thun habe. — Als Ausnahme des gefundenen Reſultats, wo wirklich ein Purgatorium ſtatt findet, pflegt man den oben

und in der Sitte der alten germaniſchen Stämme. Die geſchichtliche Verfolgung der Ausbildung dieſes Inſtituts bietet in mehrfacher Hinſicht merkwürdige Erſcheinungen dar, die wir im Zuſammenhange, und in ihrem gegenſeitigen Ineinandergreifen aufzufaſſen haben. Vergebens aber würde eine durchgängig abgeſonderte Darſtellung der Anſichten des Canoniſchen Rechts, und der germaniſchen Volksrechte ſeyn; beide in ihren Grundlagen nothwendig verſchieden, in ihrer Entſtehung ohngefähr gleichzeitig,[31]) begegnen ſich ſpäter auch in dieſer Lehre, deren weitere praktiſche Ausbildung in einer Verbindung ihrer Grundſätze erfolgt. Der nachzuweiſende Gang iſt kürzlich dieſer: die Anwendung des Eides, iſt bei den erſten Chriſten überhaupt

---

erwähnten Fall der Auth. novo jure. Cod. de poen. jud. qui male judic.. anzuführen, wovon oben Not. 21. die Rede war. Vgl. noch Matthaeus l. c. Tit. 15. Cap. 7. und die daſelbſt angeführten Praktiker.

[31]) Ohngefähr ſage ich, denn allerdings iſt wohl der Gebrauch des Reinigungs-Eides bei den germaniſchen Völkerſtämmen älter, als im Canoniſchen Rechte, und wie im Texte bemerkt iſt, von demſelben und dem Chriſtenthume unabhängig; ſo wie auch die kirchliche Anſicht anfangs demſelben nicht günſtig erſcheint. Es könnte daher auch in der Darſtellung mit den germaniſchen Rechten begonnen werden. Allein wenn man nicht blos auf das mögliche Alter überhaupt ſieht, ſondern auf den Zeitpunkt, von welchem er ſich auf beſtimmtere geſchichtliche Nachrichten etwas gründen läßt; ſo kann man bei dem ſehr früh ſichtbaren Einfluß chriſtlicher Lehre auf germaniſches Recht, und bei dem gerade hier ſehr merkbar hervortretenden Uebergewicht des Canoniſchen Rechts, und der darauf ſich bildenden Anſicht vom Eide überhaupt, nicht nur eine, im Allgemeinen aufzuſtellende Gleichzeitigkeit, annehmen, ſondern auch paſſend mit dem Canoniſchen Rechte den Anfang machen, um für das Inſtitut die religiöſe Grundlage zu gewinnen, auf welcher ſich daſſelbe fortbildet.

ſelten, und nicht begünſtigt; allmählig aber wird ſie, in Zuſammenhang mit der Entſtehung einer kirchlichen Macht, als geiſtige Gewalt, über das Innere des Menſchen und das Gewiſſen auf religiöſer Grundlage, und als weltlicher Gewalt über äußere Gegenſtände und Verhältniſſe, ſo weit dabei jene innere Seite in Betracht kommt, häufiger und zuletzt bildet ſich eine beſtimmte Regel, über die Zuläſſigkeit und Nothwendigkeit des Reinigungs-Eides, ſo wie über deſſen Vorausſetzungen und Folgen. — Den germaniſchen Stämmen iſt der Reinigungs-Eid, auch vor der Bekehrung zum Chriſtenthume, aus ſelbſtſtändigen nationalen Gründen bekannt, und ſteht in Verbindung mit anderen Inſtituten der Erlangung eines Beweiſes oder Surrogates deſſelben, unter dem Einfluſſe des Glaubens auf höhere Einwirkung, beſonders aber in Zuſammenhang mit volksthümlichen Verbindungen der Stammgenoſſen, wie ſich dieſe z. B. in der Geſammtbürgſchaft, der Familien-Rache, und dem Recht auf Compoſition wirkſam äußern. — Die Verſchiedenheit deſſelben Inſtituts in den verſchiedenen beiden Rechten, hat abgeſehen von den weiter unten anzugebenden Eigenthümlichkeiten, ihren Grund darin, daß es bei dem einen, eine kirchliche Einrichtung, ohne nationale Vorausſetzung iſt, bei dem andern aber gerade dieſe letztere die vorzügliche Seite deſſelben ausmacht, und ſo, daß die religiöſe Anſicht noch nicht eine kirchliche iſt. Indem Kirche und Volk, ſo getrennt, jede ſelbſtſtändig erſcheinen, iſt das Uebereinſtimmende und den gemeinſchaftlichen Berührungs-Punkt Darbietende, dasjenige, was den Eid in der oben angegebenen, ganz abſtrakten Allgemeinheit,

charakteriſirt. Auf dieſer Grundlage findet ſpäter eine Verbindung und ein gegenſeitiges Ineinandergreifen ſtatt, deren geſchichtliche Gründe, in dem bekannten Verhältniß des Canoniſchen zu dem deutſchen Rechte, der Geſchichte ihres Uebergangs zu finden ſind. Mit der Annahme des Chriſtenthums von Seiten der Völker, mit dem Einfluße ſeiner Lehren auf das Recht, der Geiſtlichkeit auf die Praxis, bekommt das nationale Inſtitut eine kirchliche, das kirchliche eine nationale Seite. So geht aber in weiterer Ausbildung durch die Praxis, beſonders von Italien aus, und in dem dadurch veränderten gerichtlichen Verfahren in Strafſachen, bei größerer Ausdehnung des ſ. g. Inquiſitions-Prozeſſes, die veränderte Geſtaltung des Reinigungs-Eides vor ſich, und bahnt den Weg zu dem Gebrauche und geſetzlichen Beſtimmungen ſpäterer Zeiten, welche am Ende die Einrichtung mit andern Vorausſetzungen, und verlaſſen von herkömmlichen, unterſtützenden Anſichten und Gebräuchen, als eine ſolche haben, die ſo iſolirt, und ſo ſehr wieder mit andern Bedingungen umgeben erſcheint, daß es wohl erklärlich iſt, wenn Neuere hierüber Theorien aufſtellen, die ohne geſchichtliche Grundlage und Wahrheit ſind, und ſich darum unpraktiſch, ſelbſt gefährlich, erweiſen.

Nationaler und kirchlicher Geſichtspunkt im Allgemeinen.

§. 8.

Dieß genauer zu zeigen, iſt unſere weitere Aufgabe. Unſere Betrachtung wendet ſich zuerſt dem Canoniſchen Rechte zu.

Wir müſſen dabei eines zweifachen Standpunkts

der chriſtlichen Lehre gedenken, welcher ſo ſehr in dem Weſen derſelben gegründet iſt, daß er ſich von der früh= ſten Zeit derſelben an, in den neuteſtamentariſchen Schriften, und durch die ganze Geſchichte derſelben, bis auf unſere Zeit nachweiſen läßt, und ſtets vorkom= men muß. Auf der einen Seite nehmlich faßt das Chriſtenthum den Menſchen in ſeinem inneren Verhält= niſſe auf, nach der Seite ſeines Gewiſſens und Glau= bens, und weiſet auf ein überirdiſches, und der Zeitlich= keit entrücktes Gebiet hin, wogegen die irdiſchen und weltlichen Verhältniſſe untergeordnet, und als vergäng= lich erſcheinen; auf der andern Seite aber, und dieß iſt nicht eine daneben vorkommende Rückſicht, ſon= dern die nothwendige Folge der erſten, erkennt das Chriſtenthum auch in der beſtehenden Welt, die göttliche Ordnung, da nichts ohne dieſe iſt, und indem der Menſch zugleich, und zunächſt in dieſer lebt, und ſeine Aufgabe zu löſen hat, ſo wird er eben durch die reli= giöſe Geſinnung auf dieſelbe, als das Gebiet ſeiner Thä= tigkeit hingewieſen, ſo daß ſich in der Erfüllung auch der ſ. g. bürgerlichen Pflichten der chriſtliche Sinn praktiſch äußern ſoll. Wenn alſo gleich die Sphäre des Chriſtenthums auch, und vornehmlich eine höhere und jenſeitige iſt, ſo darf daraus doch nicht der Schluß gemacht werden, daß ein, überall nothwendiger Gegenſatz mit der wirklichen Ordnung ſtatt finde, daß letztere, als die mangelhafte ſich ſelbſt zu überlaſſen ſey, ſondern vielmehr ſollen beide ſich durchdringen, nicht nur in der Geſinnung des handelnden Individuums, worauf die Quellen ſelbſt, jederzeit hinweiſen, ſondern auch in der Fortbildung der ſittlichen und rechtlichen

Einrichtungen, und daß dieſes, auch im allmähligen Forſchritte der Fall ſey, lehrt die Geſchichte.[32])

Dieſer gedoppelte Standpunkt macht ſich nun unter andern auch in der Lehre vom **Eide** geltend, theils inſofern urſprünglich derſelbe als ein Mißbrauch betrachtet und gemißbilligt, jedoch in ſo fern er vorkommt, deſſen Heiligkeit und Beobachtung, als religiöſe Pflichterfüllung gefordert wird, theils in ſo fern die hierüber beſtehenden Gebräuche der Völker anerkannt werden, aber durch die chriſtliche Lehre eine neue Beſtärkung, auch für die bürgerliche Verpflichtung, und eine beſtimmte Leitung erhalten. Wenden wir, unterſtützt durch die Zeugniſſe der Quellen, dieſes auf den Reinigungs-Eid an, ſo kommen wir zu dem Reſultate, das auch neuerlich **Biener**[33]) annimmt, daß derſelbe den ältern chriſtlichen Glaubensgenoſſen unbekannt war, da ſie überhaupt den Eidſchwur als verboten anſahen,[34]) daß jedoch bei ſpäterer äußerlich gewordener Autorität der Kirche, und dem Verhältniß, welches dadurch zu der weltlichen Sitte und Gewohnheit herbeigeführt wurde, der in dieſer vorgefundene Eid, den man wegen des Zuſammenhanges mit dem geſammten rechtlichen Verfahren ohne Nachtheile nicht aufheben

---

[32]) In ſpecieller Beziehung auf das Criminal-Recht, und die Geſtaltung beſonderer demſelben angehöriger Anſichten und Lehren, habe ich dieſes nachzuweiſen geſucht, in den **Unterſuchungen** aus dem Gebiete der Straf-R. W. Zweite Abhandlung S. 220. ꝛc.

[33]) a. a. O. S. 22.

[34]) Wegen Matthäus Cap. 5. v. 33 — 37. Jacob. Cap. 5. v. 12. worauf ſich die Kirchenväter ſtützten. Vgl. **Boehmer** I. E. P. Tom. II. Tit. 24. §. 15.

konnte, wenigſtens geduldet wurde; mit Ausnahme der Geiſtlichkeit, welcher derſelbe regelmäßig unterſagt blieb.[35]) Aber dieſe Regel, oder Ausnahme, iſt ſelbſt nicht ohne Ausnahmen, die ſich allmählig geltend machen und erweitern, bis wir ihn ſpäter als völlig allgemein anerkanntes Mittel finden, einen Verdacht abzulehnen. War aber der Reinigungs-Eid einmal überhaupt von der Kirche anerkannt, und nicht blos zugelaſſen, ſondern ſelbſt unter beſtimmten Vorausſetzungen nothwendig, ſo mußte begreiflich der Einfluß der chriſtlichen Lehre demſelben noch eine höhere Bedeutung beilegen, wobei beſonders der Glaube an göttliche Strafe des Meineides, noch einen Stützpunkt fand, an den volksmäßigen Anſichten, welche den Gottesurtheilen — Ordalien — zu Grunde lagen, welche die Kirche anerkannte, benutzte, und für ihre Verhältniſſe beſchränkend anpaßte.[36])

[35]) Daraus leitet Biener den Urſprung der leichtern Surrogate des Eides geiſtlicher Perſonen her, welche z. B. c. 4. 8. qu. 23. 26. C. II. qu. 5. angegeben werden.

[36]) Der Glaube an die wunderwirkende Kraft der Reliquien, (den freilich ſchon früh eine Reſervation, ſelbſt von Seiten der Geiſtlichen, zu beſeitigen wußte, um falſch zu ſchwören. Vgl. Eichhorns deutſche Staats- und Rechts-Geſchichte Th. I. §. 117. Not. d. der 3ten Ausgabe,) kam von der Kirche hinzu. Dieſer konnte ſich der den Ordalien zu Grunde liegenden Anſicht in Betreff des Reinigungs-Eides leicht anſchließen, und ſo war denn ein beſtimmter Anknüpfungspunkt gefunden. Schon hieraus ergibt ſich zunächſt eben ſowohl hiſtoriſch als dogmatiſch die Unrichtigkeit der Zuſammenſtellung des Purgatoriums mit den Zwangsmitteln, ein Geſtändniß zu bewirken, wofür man den unpaſſenden Namen tortura spiritualis erfunden hat. Kaum der Umſtand, daß urſprünglich nach germaniſcher Anſicht, die Tortur ſelbſt als Gottesurtheil betrachtet wird, die aber auch oft einander entgegengeſetzt werden, — eine Anſicht, die mit der Auf-

Insbeſondere bei dem Eide.

§. 9.

Was das Canoniſche Recht über den Reinigungs-Eid enthält, bezieht ſich nur hauptſächlich auf die Geiſtlichen.[37]) Die irrigen Anſichten älterer Schriftſteller über deſſen Urſprung und Alter[38]) hat in einer gedrängten Zuſammenſtellung, Biener am gründlichſten widerlegt,[39]) und indem ich daran nichts zu berichtigen finde, darf ich für meinen Zweck mich auf deſſen Darſtellung beziehen, um für die uns hier näher intereſſirenden Punkte, Raum zu gewinnen. Zweierlei iſt nehmlich beſonders hervorzuheben.

1) Daß der Reinigungs-Eid urſprünglich als ein Recht erſcheint, auf welches der in Verdacht gerathene Anſpruch hat, um durch die Verſicherung auf einer Grundlage, der ſeine ganze Stellung als Geiſtlicher angehört, den Verdacht vollſtändig zu entfernen, ſich im eigentlichen Sinne zu reinigen, wovon die nothwendige Folge ſeyn mußte, daß nun jede weitere Unterſuchung über die Anſchuldigung

nahme der römiſchrechtlichen Grundſätze über die quaestio weſentlich geändert wird, läßt ſich dafür geltend machen wovon weiter unten Gelegenheit ſeyn wird, mehr zu bemerken. Vgl. Hauſchild's Gerichtsverfaſſung der Deutſchen. Leipzig 1741. 4. S. 187. Not. 1.

37) Hierher gehören beſonders: Caus. XXII. Qu. I — V. Decret. II. 24. V. 34. (de purgat. canonica) 35. (de purgat. vulgari). Vgl. Gonzalez Tellez Comm. in lib. V. Decret. P. III. S. 482. sq. (Lugduni 1715. fol.)

38) Böhmer's oben Not. 23. angeführte Diſſertation. §. VII. ꝛc.

39) a. a. O. S. 23.

gung ſelbſt wegfallen mußte. Dieß iſt ganz erklärlich, daß ein, ſolchem Stande angehöriges Individuum, welches durch keine Beweiſe beſchwert iſt, aber einen ſeiner Ehre und Würde gefährlichen Verdacht nicht beſtehen laſſen will, durch die höchſte Weiſe der Beglaubigung ſich rechtfertigen, und dieſes zu dürfen, fordern könne, und ſo finden wir auch, daß ſchon ehe der Reinigungs-Eid zum geſetzlichen Beweismittel erhoben iſt, ſich einzelne Geiſtliche, ſelbſt Päbſte, freiwillig zu demſelben erboten, und ſich dadurch ſchuldlos, wie ſie es in ihrem Gewiſſen waren, auch äußerlich bekundeten, um ihre Ehre unbefleckt zu erhalten, wiewohl eben darum ſolcher Eid auch nicht allgemein nothwendig iſt, und ſich Beiſpiele finden, daß Päbſte bei dem Vertrauen der Unſchuld eines Geiſtlichen den Reinigungs-Eid nicht gut heißen.[40] Jene Folge aber der Ableiſtung, die Vermeidung der Unterſuchung, und der damit verbundenen, wenigſtens temporären Nachtheile, läßt ſich einigermaßen der Wirkung des Eides im römiſchen bürgerlichen Rechtsſtreite vergleichen, welche den Streit endet, indem er ein gerichtliches Urtheil entbehrlich macht.[41] Zur bedingten Nothwendigkeit wurde aber der Reinigungs-Eid in Fällen einer Anklage, gegen einen Geiſtlichen, deren Beweis zwar der Ankläger nicht zu liefern vermochte, die aber doch den Verdacht ſtehen ließ, der nun dadurch entfernt werden ſollte; ſo wird der Reini-

---

[40]) Biener a. a. O. S. 27. c. 12. X. de purgat. canon.

[41]) Vgl. oben Not. 16.

gungs-Eid ſchon früh auferlegt, aber immer nur als Forderung ſich zu reinigen, im Vertrauen, daß dieſes geſchehen könne und werde, nicht als ein indirektes Zwangsmittel, um ein Zugeſtändniß der Anklage zu erlangen.[42]) Bis hieher findet ſich nun eine Parallele des Canoniſchen Reinigungs-Eides der Geiſtlichen und des Germaniſchen, deſſen gleich gedacht werden ſoll.

Der durch Einführung des inquiſitoriſchen Verfahrens bewirkten Aenderung des frühern Canoniſchen Reinigungs-Eides, und dem durch die ausgebreitete Praxis veranlaßten Abkommen des altgermaniſchen, werden wir weiter unten eine kurze Betrachtung widmen.

Fortſetzung.

§. 10.

2) Mit dieſer erwähnten Grundanſicht des Purgatoriums ſteht in Verbindung die Einrichtung der Zuziehung von Eideshelfern, Compurgatores, sacramentales conjuratores, die wohl aus der Germaniſchen Sitte, in das Canoniſche Recht übergegangen iſt. Schon jetzt, ehe wir uns einer nähern Betrachtung derſelben zuwenden, und das Princip aufſtellen, durch welches dieſes Inſtitut mit dem Volksrechte zuſammenhängt, darf

[42]) Dieſe Beſtimmung, wiewohl ſie ſich auf Geiſtliche bezieht, iſt dennoch von der weltlichen Geſetzgebung — im fränkiſchen Reiche ausgegangen, aber mit Berathung und Zuſtimmung des Pabſtes (Leo) und der Biſchöffe. Capitulare N. 37. a. 794. und Capit. N. 7. Vgl. mit Capit. lib. V. c. 35. (a. 799.) und Capit. I. N. 7. (803) lib. V. C. 36. lib. VII. c. 281. Vgl. Biener S. 25.

für unſern Zweck, die zu Grunde liegende Anſicht angedeutet werden. Dieſe iſt nehmlich von beſonderer Wichtigkeit und Tiefe, indem ſie dem Reinigungs-Eide ſelbſt noch eine ſtärkere Stütze verleiht, ohne welche derſelbe zwar die in ſeinem Begriffe liegende Bedeutung nicht entbehrt, aber doch die Stellung, die er in dem gerichtlichen Beweisverfahren annimmt, nicht haben würde. Es iſt nehmlich die von Standes- oder Stammes-Genoſſen, überhaupt von nähern mit dem Charakter und der Perſönlichkeit des Verdächtigen bekannten und ſelbſt untadelhaften Perſonen, ausgeſprochene Ueberzeugung,[43]) daß er, wenn er ſeine Unſchuld eidlich erhärte, wahr ſchwöre; es iſt der Ausdruck des Vertrauens in ſeine Rechtlichkeit, die Erklärung, daß man ihm die angeſchuldigte That

---

[43]) Cap. 8. X. de purgatione canonica. V. 34. „Purgatores illius honestatis et opinionis esse volumus, quod verisimile sit eos nolle amore, vel odio, seu obtentu pecuniae dejerare. Ut autem idonei appareant necesse est, ut eius, quem purgare debent, vitam et conversationem agnoscant." Cap. 9. eod. — „Sane in purgationibus faciendis, cum satis sit illi, qui purgando exhibet juramentum, si secundum propriam conscientiam et opinionem jurat, quod purgandus a crimine sit immunis, et bonum exhibuit juramentum, si purgatores ab Ecclesia tolerentur, et sunt bonae famae, in suis ordinibus ministrantes, nec in judicio pro crimine condemnati, procul dubio sunt absque ullius indagine admittendi." Cap. 10. i. f. — ita tamen ut qui ad eius purgationem processerint comprobandam, sint fide Catholici, et vita probati, qui conversationem, et vitam ipsius non tam moderno tempore noverint, quam transacto." Cap. 11. eod. — „Illud autem nos attendere volumus, et mandamus, ut tales personae ad purgationem huiusmodi admittantur, quae vicinae sunt, et honestae."

entweder überhaupt nicht zutraun oder wenigſtens in ſo fern nicht, als man ihn eines falſchen Eides unfähig halte. [44]) Die Grundlage macht alſo freilich der Reinigungs-Eid ſelbſt, der ſich, wie er in der ſpätern Praxis vorkommt, ohne den Schwur der Eideshelfer denken läßt, während das Umgekehrte nicht der Fall iſt; wurde er verweigert, ſo konnten die andern nicht ſelbſtſtändig für ſeine Unſchuld durch ihren Eid auftreten, was auch ſchon in dem Worte compurgatores, Eideshelfer, ausgedrückt iſt. Aber gerade darin, daß andere Perſonen, ohne poſitive Beweiſe für die Unſchuld des Verdächtigen beibringen zu können, ihre individuelle Zuverſicht zu ſeiner, den Verdacht ablehnenden eidlichen Erklärung ausſprechen, liegt ein Gedanke, der der neuern Anſicht durchaus fremd iſt, und worauf beſonders das Mißliche der Zuläſſigkeit des Purgatoriums in unſerer Zeit beruht. Es iſt ein einfacher Gedanke, daß der vor den

---

[44]) Cap. 1. X. de purgatione canonica V. 34. „Nobilis homo, vel ingenuus, si in Synodo accusatur, et negaverit, si fidelem esse eum sciverit, cum XII. ingenuis se expurget. Si antea deprehensus fuerit in furto, aut perjurio, aut falso testimonio, ad juramentum non admittatur; sed, sicut qui ingenuus non est, forventi aqua, aut candenti furto se expurget." Wir ſehen aus dieſer Stelle, welche Vorausſetzungen überhaupt das Vertraun, daß Jemand wahr ſchwören werde, rechtfertigen, und eben ſo, welche davon und von dem Rechte zum Purgatorium gelaſſen zu werden, ausſchließen. Ferner die Anwendung der ſonſt nur für Geiſtliche geltenden Beſtimmungen auf andere Perſonen, ſo fern ſie vor dem Synodalgericht belangt werden, während bei der purgatio, welche nicht canonica iſt, andere Grundſätze, zum Theil wenigſtens, gelten.

Genoſſen ꝛc. — nach unſerer Sprachweiſe — vor dem Publicum, waltende Verdacht, wenn es einmal nur auf eine Reinigung, nicht auf einen förmlichen Beweis der Unſchuld ankommt, auch durch andere Perſonen, aus der Reihe der Standes-, Amts- oder Stammes-Genoſſen, widerlegt werde,[45]) und dieſer bildet ſo im Zuſammenhang mit den andern Vorausſetzungen, den wahren Schlußſtein eines in ſich folgerichtigen Syſtems. Die eigenthümliche hiſtoriſche Geſtaltung aber[46])

---

[45]) Cap. 5. X. l. c. — „deinde expurgatores super sancta Evangelia jurabunt similiter, quod ipsi credunt, quod verum juravit." Cap. 8. eod. — „et purgatores, quod eum credunt verum jurasse, jurare debebunt." Cap. 13. eod. „Illi vero, qui ad purgandam huiusmodi infamiam inducuntur, id solum tenentur juramento firmare, quod veritatem eum credunt dicere, qui purgatur.

[46]) Wo das Vertrauen zu der Wahrhaftigkeit des Verdächtigen von Seiten ſeiner zu Eideshelfern berufenen Nächſten fehlt, wo ihre perſönliche Kenntniß ſeines Lebens und Wandels, dieſe, ſo fern ſie, was erfordert wird, ſelbſt gewiſſenhafte Perſonen ſind, abhalten muß, ihn für unſchuldig zu halten, da wird die Verweigerung ihrer Eideshülfe ihn zwar nicht für ſich ſchuldig darſtellen, aber im entgegengeſetzten Falle wird dadurch die wirkliche Eideshülfe, und der Reinigungs-Eid an innerem Gehalt gewinnen. Je wichtiger dieß aber, bei allgemein herrſchender, religiöſer Geſinnung und Heiligachtung des Schwurs iſt, um ſo gefährlicher muß es werden, wie es ſpäter der Fall war, wenn Sittenverderbniß hereinbricht. Daher haben die Compurgatores längſt ihre praktiſche Bedeutung verloren, nachdem noch, wiewohl beſchränkt, der Reinigungs-Eid vorkommt. Nicht alſo darin, daß ſie nur ihren Glauben ausſprechen — de credulitate ſchwören, — lag das Gefährliche, denn dieſes Glauben hatte eine doppelte religiöſe Grundlage, in der eignen Gewiſſenhaftigkeit und dem Vertrauen auf die, des ſich Reinigenden, ſondern in dem wachſenden Sittenverderben, wonach um ſo leichter ein Schuldiger, der kein Bedenken trug, den

werden wir noch beſonders zu betrachten haben. Es bleibt alſo auch hier das Reſultat, daß ſich nicht das Mißtrauen die Vermuthung der Schuld ausdrückt, deren Geſtändniß auf dem angeblichen Wege einer geiſtigen Tortur bewirkt werden ſoll, ſondern im Gegentheil das Vertrauen der Rechtlichkeit, welche aber, da es doch einer Handlung bedarf, um den einmal vorhandenen Verdacht genügend abzuweiſen, durch den Reinigungs-Eid, zu dem der Betheiligte berechtigt, aber auch verpflichtet iſt, ſich kund giebt.[47])

Verhältniß der purgatio canonica zur vulgaris.

§. 11.

Es iſt noch kürzlich zu erinnern, daß die purgatio canonica mit der purgatio vulgaris, deren auch das Canoniſche Recht gedenket,[48]) durch kein inneres Princip, ſondern nur hiſtoriſch in Zuſammenhang ſteht. Zu letzterer gehören, außer dem Zweikampfe, die Probe des Feuers, des heißen und des kalten Waſſers, zwar be-

---

ihm auferlegten Reinigungs-Eid zu leiſten, auch Leute finden konnte, welche beſonders, wenn ſie ſeine Schuld nicht ſelbſt kannten, ihren Glauben an der Wahrheit ſeines Schwurs erhärteten, da ſie kaum zu fürchten hatten, daß ſie des falſchen Eides ſchuldig befunden würden. Vgl. Not. 71. und 81.

[47]) Treffend findet ſich dieſes ausgedrückt in Sinesius Epist. 44. ad Joannem. — Tametsi forte apud Deum innocens sis, et sceleris expers, qui execrandum hoc facinus, nec consiliis admiseris, nondum tamen apud nos homines innocens videaris, quamdiu purgatus non fueris." Vgl. noch Gans Beiträge zur Reviſion der Preuß. Geſetzgebung. Bd. I. Abth. I. Nr. VI.

[48]) Tit. X. de purgatione vulgari. V. 35. Vgl. Not. 79. a. E.

ruhen auch dieſe Ordalien, welche die Kirche mißbilligt, jedoch eine Zeitlang tolerirt, endlich aber, beſonders aus dem Grunde unterſagt, weil man Gott nicht verſuchen, und nicht unnöthig verlangen ſoll, daß er Wunder thue, eben ſo, wie der Eid, auf religiöſer Ueberzeugung, und es iſt auch richtig, daß zugleich bei dieſem letztern, auf unmittelbare göttliche Einwirkung oft gerechnet worden ſey, wie es denn nicht an Sagen fehlt, daß den Falſchſchwörenden auf der Stelle, ein ſeinen Frevel offenbarendes Unheil getroffen habe; [49]) — endlich mag auch bemerkt werden, daß in ſolchem Glauben, ein Schuldiger eben ſo wenig den Reinigungs-Eid habe leiſten wollen, als ſich dem zweifelhaften Ausgange des Zweikampfes, oder einer andern Probe unterwerfen, [50]) ſo daß bei beſtehender ſittlicher Grundlage, die Reſultate in beiden Arten der purgatio, wenigſtens negativ, d. h. ſofern der Schuldbewußte ſie abwieß, gleich ſeyn konnten; allein, das Princip des Eides, den Jemand mit gutem Gewiſſen leiſten, und ſich dann des Erfolgs verſichert halten kann, der kein zufälliger, ſondern mit dem Schwur ſelbſt gegeben iſt, unterſcheidet ſich weſentlich, von dem Anheimgeben an einen, der Warheit möglicherweiſe widerſprechenden Erfolg. Und die Erfahrung hievon, ſo wie der bei jenen Proben vorkommenden Betrügereien, [51])mußte nothwendig das frühere Abkommen der Gottesurtheile veranlaſſen, während der Reinigungs-

[49]) Gonzalez Tellez ad Tit. de purg. vulgari. Ludovici angef. Diſſertation §. IX. X. XI. etc.

[50]) Meine Unterſuchungen ꝛc. S. 224.

[51]) Vgl. z. B. Gonzalez Tellez a. a. O. P. 499. Dieſer beruft ſich auch darauf, daß die gemeine Purgation, nicht wie die andere, einen Stützpunkt im göttlichen Rechte habe.

Eid, auf einer andern Grundlage ſich forterhielt. Für unſere Betrachtung, haben wir hier eine weitere Beſtätigung, daß, wenn man ſelbſt die Folter zu den Ordalien rechnen will, eine Anſicht die wenigſtens die Bamb. und die P. G. O. nicht mehr haben, ſie dennoch mit dem Purgatorium nicht zuſammengeſtellt werden dürfe. [52])

Uebergang zu dem Germaniſchen Rechte.

§. 12.

Wir haben damit den Uebergang zu dem Germaniſchen Rechte vorbereitet. Es iſt bereits oben angedeutet worden, daß der urſprüngliche und nationale Reinigungs-Eid bei den Germanen unabhängig von dem Chriſtenthum, und vor der Annahme deſſelben, ſtatt fand. [53]) Um ſeine Stellung zu würdigen, muß man

---

[52]) Dieß thun faſt alle neuere Schriftſteller, worüber unten mehr zu bemerken ſeyn wird. Zwar iſt dem ältern Germaniſchen Rechte die Folter nicht unbekannt; allein, der ſpätere praktiſche Geſichtspunkt, nach welchem ſie auf Erlangung eines Geſtändniſſes berechnet war, und dadurch von den Ordalien ſich weſentlich unterſchied, iſt aus dem Römiſchen Recht, zu der Zeit, als daſſelbe allgemeinere Anwendung in Deutſchland erhielt, aufgenommen, wo die Germaniſche Anſicht in den Hintergrund trat, und bald ganz aufgegeben wurde.

[53]) Vgl. Biener a. a. O. S. 22. 35. Ganz beſtimmte Zeugniſſe hiefür werden ſich ſchwerlich nachweiſen laſſen. Die Germaniſchen Rechtsbücher, welche des purgatorium erwähnen, ſind ſchon unter dem Einfluß des Chriſtenthums aufgezeichnet, woraus freilich für ſich kein Gegenbeweis entſteht; nur ſpäter iſt der Einfluß auf die Ausbildung gegenſeitig, denn ſo wie die Canoniſchen Beſtimmungen, die ſich auf das ſtrafrechtliche Verfahren beziehen, z. B. bei den Sendgerichten, darum viel Germaniſches enthalten, weil ſie ſich im Fränkiſchen Reiche praktiſch äußerten und bildeten; ſo ſind auch umgekehrt, die Germaniſchen

das ganze ältere Beweisſyſtem ins Auge faſſen, welches ſelbſt wieder, gleich dem geſammten rechtlichen Verfahren, mit den urſprünglichen politiſchen Einrichtungen in Verbindung ſteht. In dieſer Hinſicht iſt aber der Eid nichts Eigenthümliches des Strafverfahrens und bei dieſem, nicht des Beklagten, der eine Anklage, ſich vertheidigend zu entkräften ſuchte, da auch die Anklage ſelbſt, auf gleiche Weiſe durch Eid und Ei-

---

Grundſätze von entſchiedenem Einfluß auf das Canoniſche Recht, welches dem vorgefundenen Volksrecht nicht ganz entgegentreten wollte, noch konnte, ſondern ſich, ſo weit es ſeine eigene Tendenz zuließ, demſelben anſchloß. Aber zu den mittelbaren Beweiſen für den, dem Canoniſchen Rechte fremden Urſprung des Reinigungs-Eides, kann man, deſſen frühere Abneigung gegen den Eid überhaupt rechnen. Vgl. Sachſenſpiegel Buch I. Art. 18. Dreierlei Recht behielten die Sachſen wider Caroli Willen — das andre, daß alles, was ein Mann vor Gericht nicht thät, wie wiſſentlichen das ſonſt wäre, deſſelbigen möcht er mit ſeiner Unſchuld entgehen, und man möcht ihn des nicht überzeugen." Und dazu die Gloſſe: — daß der Sachs für alles ſchwören mag, ſo man ihn nicht leiblich kann überweiſen, ſolches iſt nicht ſo unbillig. Denn was man einem allein mit Worten bezüchtiget, das entredet er ſich billig auch mit Worten, indem er davor ſchwörte, dann es billig iſt, daß man ſeinen Worten und Eyde, ſo woll Glauben gebe zu ſeiner Entſchuldigung, als jener bloſſen Reden, die ihn beſchuldigt haben. Doch muß das, darumb er angegeben worden, vor Gericht nicht geſchehen ſeyn. Dann ſonſt wäre er und mit Recht ſchon überzeuget. Vgl. Guta-Lagh d. i. der Inſel Gothland altes Rechtsbuch, von Schildener. Greifswald 1818. 4. Cap. 1. 4. §. 4. 6. Cap. 18. §. 2. Cap. 19. Cap. 25. §. 7. 8. etc. Im alten Däniſchen Recht ſcheint der Eid mit Eideshelfern wohl auch unabhängig vom Chriſtenthum vorgekommen zu ſeyn. Kolderup-Roſenwinge, Grundriß der Däniſchen Rechtsgeſchichte, überſetzt v. Homeyer Berlin 1825. §. 26. Not. f. und des Verfaſſers Diss. de usu juramenti juxta leges Daniae antiquas. Havniae 1815.

deshelfer begründet werden durfte oder mußte.[54]) Wir bleiben jedoch vorzugsweiſe bei dem Reinigungs-Eide ſtehen, um ſo viel aus der Geſchichte deſſelben aufzunehmen, als zum gründlichen Verſtändniß des ſpätern Rechts erforderlich iſt.

Wir müſſen für unſern Zweck noch etwas weiter zurückgehen. Der frühern Zeit iſt bei den Germanen ein Strafrecht, welches ſich erſt allmählig bildet, ganz unbekannt;[55]) auf gleiche Weiſe konnte von einem Strafverfahren nicht die Rede ſeyn. Wie ſich aber in dem Syſtem der Fehden und Privatrache, und der Abkaufung derſelben, dem Compoſitionen-Rechte, dem Wehrgeld und der Buße nach und nach der Grundgedanke eines Strafrechts zeigt, anfangs noch mehr mit dem Charakter des Privatrechts und des Partheien-Intereſſes, dann auch mit der erſt dieſelben begleitenden, zuletzt ausſchließenden Rückſicht des öffentlichen Rechtes, ſo zeigt ſich auch dieſer Stufengang in einer entſprechenden Art des Verfahrens, welches zunächſt blos jene Privatgenugthuug zum Zweck hat, in der weitern Ausbildung aber auch jenem allgemeinen und

---

[54]) Vgl. hierüber Rogge über das Gerichtsweſen der alten Germanen. Halle 1820. Auch dieſer erklärt ſich ſchon in der Vorrede S. IV. IX. für den germaniſchen Urſprung des Reinigungs-Eides, den erſt ſpäter das Canoniſche Recht modificirte. „Einen viel bedeutendern Einfluß erfuhr aber die uralte Praxis des Eides durch die Glaubenslehre der chriſtlichen Religion. Als Heiden ahneten die Germanen noch nichts von dem Seelenverderben, worein ſich der Meineidige ſtürzt, und dennoch kommen wiſſentlich falſche Schwüre bei ihnen ganz unſtreitig viel ſeltener vor, als ſpäterhin ꝛc." Vgl. Eichhorn. R. G. Dritte Ausgabe. Th. I. §. 78.

[55]) Vgl. Meine Unterſuchungen. Zweite Abhandlung. §. 53 — 56. S. 723. ꝛc.

öffentlichen Charakter zu entſprechen ſtrebt, wonach die Handhabung der Gerechtigkeit über jenem untergeordneten Geſichtspunkt ſtehen muß. Dieß hat nun wichtige Folgen für den Beweis oder wenn man annehmen will, daß dem ältern Germaniſchen Rechte ein eigentliches Beweisverfahren unbekannt geweſen ſey,[56]) für das, was als Erſatz eines ſolchen zu betrachten iſt. Mag man alſo immerhin das, was wir jetzt Zeugniß, Geſtändniß, eidliche Verſicherung nennen, nicht als Beweisgrund, ſondern als wirkliches, und zwar richterliches Urtheil anſehen, ſo bleibt für uns doch die Frage, wie ſolches Urtheil durch den Eid, das losſprechende durch den Reinigungs-Eid begründet werde.[57]) Das aber iſt ſicher, daß der Germa-

---

[56]) Eine Anſicht, die Rogge (Not. 54.) zuerſt aufgeſtellt und ſcharfſinnig zu unterſtützen gewußt hat, die aber, und wohl mit Recht, viel Widerſpruch erfahren hat. Am Ende, wie man auch dieſe Sache nennen wolle, muß doch zugegeben werden, daß die Germanen Mittel und Wege anerkennen, um für die zu beurtheilenden Thatſachen, ſolche faktiſchen Grundlagen zu erhalten, als ſie ihrer Ueberzeugung nach für nöthig hielten. Daß dieſe aber in ihren Vorausſetzungen, ihrem Gebrauche und ihren Wirkungen nach, von unſerer techniſchen Beweistheorie weſentlich verſchieden ſind, beruht auf den bekannten Eigenthümlichkeiten der von dem Recht noch nicht getrennten Sitten der alten Stämme.

[57]) Rogge a. a. O. S. 95. findet in dem altgermaniſchen Verfahren folgende Hauptideen: „Gott, der Zeuge aller Handlungen, konnte in jedem Falle um ſein Zeugniß befragt werden, und ſein Ausſpruch war unumſtößliche Gewißheit; ihm gleich ſtand das Zeugniß der Gemeinde. Nächſtdem aber durfte auch das Wort eines Freien auf keine Weiſe bezweifelt werden, wenn nicht der Gegner es durch eine noch gewaltigere Antwort (Eid mit Eideshelfern) überwand. Zeugen waren in gewiſſen Fällen zuläſſig, jedoch nicht als bloße Beweismittel, ſondern als Richter der Wahrheit in erſter Inſtanz, unter Gott. — Betrachtet man das Gottesurtheil und den Ausſpruch der Zeugen, als das,

niſche Reinigungs-Eid, welcher eine weſentlich ſelbſtſtändige Bedeutung hat, und indem er gewiſſermaßen, als Wort eines Ehrenhaften überhaupt, und ſeiner Genoſſen, welches auf Anerkennung Anſpruch hat, die Grundlage des Rechtsſpruches ausmacht, weder die innere religiöſe Beziehung hat, welche die chriſtliche Lehre derſelben giebt, noch die ſubſidiäre Richtung, die er ſpäter bei einer ausgebildeten Beweistheorie nothwendig annehmen mußte, wie denn von Indicien, die dadurch getilgt werden ſollten, durchaus hier nicht die Rede iſt; ſolche Indicien und Gründe, an welche bei uns, zur Beſeitigung, der Reinigungs-Eid geknüpft wird, — ſey es einfach zu ihrer genügenden Entkräftung — ſey es, wie man jetzt ziemlich allgemein annimmt, um einen geiſtigen Zwang zum Geſtändniß auszuüben, ſind im alten Rechte ohne Bedeutung; der Reinigungs-Eid geht über ſie, und über das, was ihm gleich geachtet wird, auf doppelte Weiſe hinaus, indem er theils ſtatt findet, wo ſolche nicht vorhanden ſind, wo nur das, freilich viel geltende Wort des Anklägers, den Gegner beſchwert, theils da, wo weit mehr vorhanden iſt, wo wir den Eid für unzuläſſig halten würden, indem für die Schuld des Angeklagten mehr, als blos dringende Verdachtsgründe zu ſprechen ſcheinen. [58])

---

was ſie wirklich ſind, richterliche Urtheile, ſo gab es im altgermaniſchen Prozeſſe gar keinen Beweis, ſondern nur Wort, Antwort und Entſcheidung."

[58]) Freilich macht dann auch der Eid die Sache nicht ſtets aus, indem eine Ueberführung des Meineides noch immer erlaubt iſt, und zu dieſem Zwecke auch zum Zweikampf, zuweilen auch zu einem andern Ordale geſchritten werden konnte. Hauſchild a. a. O. S. 187. Darum iſt auch der Eid nicht ein Gottesurtheil, denn damit war es unverträglich, noch ein anderes Gottesurtheil zur Prüfung, oder Anfechtung des erſten, zuzulaſſen. Wo

Geſchichtliche Darſtellung. Verhältniß zu dem Fehde-Rechte und der Compoſition.

§. 13.

Folgende geſchichtliche Bemerkungen werden der weiter dogmatiſchen Unterſuchung zur Vorbereitung dienen.[59])

ſich zuweilen dieſe Anſicht ausnahmsweiſe findet, fällt der Zweikampf hinweg. Vgl. nach Not. 53. und die daſelbſt angef. Stelle aus dem Sachſenſpiegel. Wegen des anerkannten Problematiſchen dieſes Eides, der nicht ein eigentliches Beweismittel, ſondern eine bloße Verſicherung iſt, deren Glaubhaftigkeit, indem eine eigene Weiſe der Abfaſſung ſtatt findet, auch angefochten werden kann, iſt auch der Eid in gewiſſen Fällen unſtatthaft; wovon hier nur die handhafte That, und rückſichtlich der Perſon ihr unfreier Stand, oder ihre durch frühern Meineid verwirkte Fähigkeit zu dem Eid, angeführt werden ſollen. Vgl. Not. 60.

[59]) Eine ganz ausführliche Darſtellung der Lehre des Reinigungs-Eides nach den Volksrechten, wobei beſonders in viele Einzelnheiten der Standes-Unterſchiede, der Stämme, und die zur Laſt gelegten Verletzungen eingegangen werden müßte, würde für unſern Zweck theils entbehrlich ſeyn, da es hier nur auf die Grundprincipien ankommt, theils würde ich oft nur zu wiederholen haben, was dem Leſer aus Eichhorns, Rogges, Bieners u. a. gründlichen Forſchungen vorliegt, auf welche hier nur verwieſen werden ſoll. Rogge hat am umfaſſendſten das Germaniſche Recht bearbeitet, im Zuſammenhange mit ſeiner Anſicht über das Princip der Beweisloſigkeit, wie er ſich ausdrückt, was in alten Gerichtsverfahren ſich findet. Biener hat gelegentlich, mehr die Grundſätze des Canoniſchen Rechts, in Verbindung mit der Geſchichte der Entſtehung des Unterſuchungs-Verfahrens, dargelegt. Beide ſtimmen, gegenüber die früher oft ausgeſprochene Anſicht, darin überein, daß der germaniſche Reinigungs-Eid, ſowohl als ſolcher, als auch in der Weiſe der Zuziehung von Eideshelfern, unabhängig vom Chriſtenthum und dem Canoniſchen Rechte ſich gebildet, und durch letzteres nur beſtimmte Modificationen erfahren habe. Wer den geſchichtlichen Charakter eines ſolchen nationalen Inſtituts zu würdigen weiß, wird auch damit einverſtanden ſeyn,

Der Reinigungs-Eid kommt bei den alten Germanen vorzugsweiſe als ein Recht vor, ein Recht der

---

daß hier nicht von einer planmäßig überlegten Einführung, von Speculation und ſolchen Rückſichten, die einer ſpätern Geſetzgebungs-Politik angehören, die Rede ſeyn könne, und daß es zum mindeſten eine Ungenauigkeit des Ausdrucks zu nennen ſey, wenn ſich einige Schriftſteller ſo ausdrücken, als wenn dies der Fall wäre. Den Irrthum von Robertſon (history of the reign of the Emperor Charles V. Bas. 1788. Vol. I. S. 57) hat Rogge a. a. O. S. 138. gerügt. Auch Henke in ſeiner lehrreichen Geſchichte des Deutſchen peinl. R. gibt zu jener falſchen Anſicht Anlaß, wenn er Th. I. S. 79. ſagt: „Doch konnte bei der Leichtigkeit des Schwörens, wie der Meineide, der Eid eines Einzigen nicht genügen. Man verfiel auf das einfache Mittel, eine Anzahl glaubwürdiger und wahrhafter Männer mitſchwören zu laſſen, um die Kraft des Beweiſes zu verſtärken.“ Die Consacramentales, Conjuratores, Conpurgatores ſind ſo alt, wie der Reinigungs-Eid des Angeklagten, wenigſtens in der Idee des Germaniſchen Rechts, und wenn man dieſes nicht zugeben will, (ſ. die bei Rogge S. 139. Not. 166. angeführten Schriftſteller) ſo iſt doch ſo viel gewiß, daß ſie früher vorkamen, als die chriſtliche Lehre von der Gefahr des Meineides in den Germaniſchen Rechten Eingang fand. Auch nach Däniſchem Rechte ſind ſie ſo weſentlich, daß der, welcher die erforderliche Zahl der Eideshelfer nicht ſchaffen kann, ſachfällig iſt. Kolderup-Roſenwinge a. a. O. §. 73. Viel Intereſſantes findet man auch in den oben erwähnten Guta-Lagh und in Schildeners ausführlichen Anmerkungen zu den betreffenden Stellen. Vgl. auch die Däniſchen Zuſätze. Art. 10. 11. 12. 14. 15. 18. 19. 20. und Not. 12. 19. 44. 114. (S. 159 — 216., eine beſonders lehrreiche Abhandlung.) 150. 193. 230. Richtig iſt hier auch die Anwendung des Eides mit Helfern, zur Genugthuung für den Gekränkten, z. B. Cap. 51. welches von unduldbaren Worten handelt, (Schmähungen, Dieb, Räuber, Mörder, Mordbrenner). Kann der Angeklagte die Schmähung weder läugnen, noch durch Gemüthsbewegung oder Trunkenheit entſchuldigen, (§. 2. 3.) ſo büße er jenem drei Oere, und ehre ihn vor der Kirche mit dreier Männer Eid. (§. 4.) Beſchimpft er jenen vor dem ganzen Kirchſpiel, oder der Dingverſammlung ꝛc. — ſo büße er ihn 3 Mark und ehre ihn vor der Dingverſammlung mit ſechs Männer Eiden (§. 5.). Vgl. mit §. 6.

Ehre ihres Wortes, welches daher weder Unfreien, noch Unwürdigen zuſteht. Das Charakteriſtiſche deſſelben liegt aber, in der mehrmals bemerkten Theilnahme der Eideshelfer, die in den verſchiedenen Quellen mit ganz genauen Beſtimmungen, und nach gewiſſen Zahlenverhältniſſen vorkommen,[60]) ſo daß wir grade hierin den Grundgedanken des ganzen Inſtituts finden; eines Inſtituts, welches wie geſagt (S. Note 59.) nicht aus politiſchen Gründen ausgedacht ſeyn kann, ſondern ſich als Entwickelung einer nationalen Idee ergeben haben muß. Sehen wir uns nun in den Quellen nach äußern Ausdrucksweiſen einer ſolchen volksmäßigen Anſicht um, ſo bieten die Grundſätze über die Stammes- und Familien-Verbindung bei dem Rechte der Fehde, und die Pflicht der Beiſtandsleiſtung zu derſelben, über das Mittel durch Erlegung des Wehrgeldes, eine Compoſition zu bewirken, einen innern

---

[60]) Die Fähigkeit zur Fehde, iſt die Vorausſetzung der Reinigung durch Eid; ſie ſteht alſo nur dem Freien zu. Andere müſſen ſich dem Ordale unterwerfen, und werden dazu verurtheilt. Ausnahmsweiſe nur konnten auch Unfreie auf ſolche Art durch Schwur ſich vertheidigen, L. Rip. Tit. LVIII. Cap. 20. Tit. XIX. Cap. 2. Tit. XXI. L. Fris. Tit. LXVI. Bei den Liſten, nach dem Frieſen-Recht, hängt dieß zuſammen mit ihrer Fähigkeit zur Fehde. Rogge a. a. O. S. 147. ꝛc. Unwürdig iſt insbeſondre der des Meineides Schuldige, ſo wie der, deſſen Schuld im vorliegenden Falle, unzweifelhaft war. Ueber die Zahlenverhältniſſe, und die Rückſichten, nach welchen dieſe beſtimmt werden, ſ. Rogge a. a. O. S. 156. ꝛc. Gaupp Miscellen des deutſchen Rechtes. Breslau 1830. Vorwort S. V. und S. 27. ꝛc. Kolderup Roſenwinge a. a. O. §. 75. 120. S. beſonders Philipps Engliſche St. G. Th. II. S. 288. ꝛc. und deſſen deutſches Priv. R. Th. I. §. 16. und deſſen Vermuthung über den Zuſammenhang der Worte Schwören (Svoren) mit Schwerdt (Svort) und Wehren.

Zuſammenhang dar, den ich anderwärts weiter auszu-führen geſucht habe,[61]) und den, in Beziehung auf den Rei-

[61]) Meine Unterſuchungen ꝛc. S. 229. Erſt nach der Beendigung dieſer Unterſuchung konnte ich folgendes intereſſante Werk benutzen, worüber in der Note einige Bemerkungen Platz finden mögen. Hin Forna Lögbök islendinga sem nefkist Gragas. — Codex juris Islandorum antiquissimus, qui nominatur Gragas; e duobus MSS. pergamenis — nunc primum editus, cum interpretatione latina etc., praemissa commentatione historica et critica de huius juris origine et indole ab I. F. G. Schlegel conscripta. Havniae 1829. Pars I. et II. 4. In der Form, wie dieſes wichtige Rechts- und Geſetzbuch vor uns liegt, iſt es unter dem Einfluſſe des Chriſtenthums abgefaßt und bekundet, ſeinem Inhalt nach, ſchon weitere Fortſchritte der Geſetzgebung und Sitte, im Gegenſatz zu andern bekannten altnordiſchen Rechten, ohngefähr wie dieſes der Fall bei der Lex Wisigothorum (Fuero jurgo) im Verhältniß zu der ältern der Fall iſt. Der innere Zuſammenhang des Fehde-Rechts, mit dem Wehrgeld, und dem Compoſitions-Rechte, womit wir das Inſtitut des Reinigungs-Eides mit Eideshelfern in Verbindung ſetzen, findet ſich hier auf negative Weiſe beſtätigt. Dieſes Recht kennt nehmlich das gedachte Inſtitut nicht. Schlegel ſagt in der vorausgeſchickten Abhandlung S. LXXXIV.: „Consacramentalium autem nullus usus apud Islandos obtinuit, quod eo magis mirum, cum iis ceterae gentes septentrionales olim, aeque ac aliae medio aevo saepius uterentur." Allein auch die Grundlagen des Inſtituts, Zweikampf, Fehde ꝛc. fehlen; und wenn auch Bußen vorkommen, für Verletzungen mancher Art, ſo findet ſich doch nirgends eine Beſtimmung, wie ſie ſo oft in den alten germaniſchen Geſetzen uns begegnet — componat, aut si negare voluerit, juret etc. Dagegen iſt das Beweisſyſtem, insbeſondere durch Zeugen, ſehr ausgebildet, und es finden ſich hierüber viele ſehr ins Einzelne gehende Beſtimmungen, oft mit großer juriſtiſcher Feinheit. Zur Anklage iſt zwar zunächſt der Verletzte, im Falle der Tödtung, deſſen Sohn, in deſſen Ermangelung der nächſte Agnat, Cognat, berechtigt, und hierin, ſo wie in dem Ausſchluß der Frauen, und in der zu fordernden Buße, neben welcher noch dem Kläger die Hälfte der zu confiscirenden Güter des Verur-

Reinigungs-Eid, Rogge, wie mir ſcheint, ſehr gelungen dargelegt hat.[62a]) Die Verletzung zieht urſprünglich nicht Strafe nach ſich, ſondern nur die Gefahr der Fehde, oder die Sühne mittelſt Entrichtung des Wehrgeldes. Bei der Anklage oder Ausforderung auf gerichtlichem Wege, darf der Beklagte auf die Hülfe ſeiner Genoſſen rechnen, die er dem Gegner vorſtellt, und ohne welche er auch nicht wagen konnte, ſich der Fehde zu unterziehen. Weder er, noch dieſe, leugnen daher das angeſchuldigte Faktum, wenigſtens nicht nothwendig, ſondern ſie wollen auch gerichtlich, wie im Kampf, ihre Pflicht erfüllen, und ihm zur Seite ſtehen; mag es alſo zum Kampf kommen, oder zur bloßen gerichtlichen Erklärung, in beiden Fällen iſt das Auftreten der Genoſſen, der Ausdruck ihrer rechtlichen Ueberzeugung, es iſt ihr Wort, daß ſie den Angeklagten der Vertheidigung würdig erachten; ſie bethätigen dieſe innere Ueberzeugung, in dem Sinne, entweder die Fehde mit ausfechten, oder, wenn der Genoſſe ſeine Unſchuld eid-

---

theilten zufällt, liegt allerdings eine Spur des alten Syſtems der Privatrache. Allein wenn kein Ankläger auftreten will oder kann, verfolgt die Obrigkeit das Verbrechen von Amtswegen, und dieß iſt ſchon ein weiterer Fortſchritt, bei dem es nicht befremdet, die Conſequenzen einer längſt verlaſſenen Grundlage nicht zu finden. Die öfters vorkommenden veridici, deren Zahl meiſt 12 iſt, ſind nicht Eideshelfer im techniſchen Sinn, obgleich ſie mit der Parthei ausſagen, z. B. Sect. I. Cap. VII. — „Tam antequam exeunt judices, quam coram judicio dodecas veridicorum evocatur." — „per undecem tui trientis incolas, duodecimus ipse, ut veridicorum effata pro feras postulo." Vgl. Cap. VIII — XII. Sect. IV. Tit. XVII. Sect. VI. Tit. XXIV. Pars II. Sect. VIII. Tit. XII. etc. LXXXIV und CXV.

[62a]) a. a. O. S. 136 sq. 142 sq.

lich verſichert, dadurch daß ſie ihren Glauben, an ſeine Unſchuld, und an die Wahrheit ſeiner Verſicherung derſelben, gleichfalls eidlich erhärten. Im Falle einer wirklichen Schuld, würde, bei vorherrſchender guter Sitte, der Angeklagte weder auf Beiſtand in der Fehde, noch bei dem Eide haben rechnen können; er allein konnte aber weder jener ſich unterziehen, noch zu dieſem gelaſſen werden, denn es gab urſprünglich keinen Grund, der den Gegner nöthigen konnte, ſich damit zu begnügen, und der erlaubten Fehde zu entſagen. So mußte alſo der Schuldige, um der Fehde zu entgehen, entweder die Compoſition anbieten, oder entfliehen. Die einſeitige Behauptung der Schuld von Seiten des Anklägers, gab aber ſo wenig einen Beweis derſelben, als die Ableugnung des Gegners allein einen Beweis des Gegentheils. Da nun hier von einem ſelbſtſtändigen Intereſſe des Rechts und der Gerechtigkeit, von einer Büßung des, wie wir uns jetzt ausdrücken, intellektuellen Schadens, den das Verbrechen ſtiftet, nicht die Rede iſt, ſondern von rächender Vergeltung des äußern Nachtheils der Verletzung, oder einer äußern Vergütung, um jene abzuwenden, womit ſich ſpäter der Verletzte begnügen mußte, wie hier überhaupt das noch ungetrennt erſcheint, was wir jetzt als den privatrechtlichen Geſichtspunkt, bei einer Verletzung, neben den ſtrafrechtlichen ſtellen: ſo hat auch der Reinigungs-Eid mit Eideshelfern nicht die innere Bedeutung, die ihm das Canoniſche und das ſpäter einheimiſche Recht beilegt, ſondern, immer unter der angegebenen Vorausſetzung, daß der wirklich Schuldige ſich ſchon faktiſch von der Theilnahme der Genoſſenſchaft bei dem Kampfe oder dem Eide ausgeſchloſſen ſehen würde, — erſcheint

er im Verfahren über die Compoſitions-Verbindlichkeit, als eine nothwendige Vermittelung, um den Unſchuldigen von dieſer zu befreien, ohne ſich der Gefahr einer Fehde zu unterziehen, die er zwar übernehmen, und auf glücklichen Ausgang hoffen durfte, deren Vermeidung jedoch zu der Zeit als wünſchenswerth angeſehen werden mußte, wo das Syſtem des Wehrgeldes, das componere bereits anerkannt war, um der urſprünglichen Freiheit der Selbſthülfe eine Schranke, und zwar auf eine Art zu ſetzen, welche ſich aus der nationalen Anſicht unmittelbar ergab. Dieſe Schranke liegt nun in der Volksverbindung, und dem Streben der Herſtellung des Friedens, und ihr ſchließt ſich die Geſammtbürgſchaft an.[62b]) Ich habe früher[63]) gegen Rogge, der die Gleichzeitigkeit des Fehde-Rechts und der Compoſition behauptet, das geſchichtliche Verhältniß ſo zu beſtimmen geſucht, daß jenes das erſte, dieſe das ſpätere ſey. Der innere Fortſchritt iſt alſo, daß ſtatt der alleinigen Fehde, als Schutz und Vergeltung gegen Unrecht, die Alternative ſtatt findet, — faidam portet, inimicitiam sustineat oder componat. Dieſer Fortſchritt zeigt aber noch das Mangelhafte, daß er den Unſchuldigen doch immer einer von dieſen beiden Nothwendigkeiten ausſetzt, wiewohl conſequent der früheſten Anſicht, die ſich nicht für Schuld oder Unſchuld ihrem innern Charakter nach, ſondern für das Geltendmachen jener äußern Freiheit, intereſſirt. Der

---

[62b]) E. A. Feuerbach de universali fideijussione, quam germanice Gesammtbürgschaft vocant. Norimbergae 1826. 8.

[63]) Meine Unterſuchungen ꝛc. S. 227.

weitere nothwendige Fortſchritt mußte ſich demnach auf eine allerdings anfangs auch blos äußere Sicherung des Unſchuldigen gegen beiderlei Nachtheile beziehen. Dieß iſt durch den Reinigungs-Eid geſchehen, der eben deshalb, nicht in der eigentlichen religiöſen Bedeutung erſcheint, und nicht anders, als mit Eideshelfern wirkſam ſeyn konnte. Betrachtet man nun den Eid in dieſer Geſtalt, noch nicht als eigentliches Beweismittel, im Verfahren — eine Anſicht die man wohl aufſtellen kann, ohne deshalb durchgängig den Charakter der Beweisloſigkeit im älteſten Verfahren zuzugeſtehen: ſo erſcheint gegenüber die Forderung des Anklägers entweder zu componiren, oder der Fehde gewärtig zu ſeyn, der Reinigungs-Eid mit Eideshelfern, als ein Recht der Vertheidigung des Angeklagten, und als ein, durch dieſe Hülfe, mit Rückſicht auf die erwähnte Vorausſetzung, überwiegendes Recht und Wort gegen das des Gegners, der aber gerade hierin auch eine Genugthuung findet, auf welche er, nachdem ſich die Sitte feſtgeſtellt, auch Anſpruch hat, wenn der Beklagte ſeiner Forderung nicht genügen will.[64]) Es gehört einer andern Seite der

[64]) Rogge a. a. O. S. 146. ſtellt dieß abweiſend dar, indem er dem Ankläger das Recht beilegt, wegen der Verletzung entweder die geſetzliche Compoſition, oder eine Anzahl von Eideshelfern zu fordern, wenn der Beklagte nicht vorzog, dieſe ſtatt zum Schwure, zur Fehde aufzubieten, und erſt hieraus das Recht des Angeklagten ableitet, ſich durch Eideshelfer zu vertheidigen. Im Reſultate mag es ſcheinen, daß dieſes wenig Unterſchied mache, allein für den Grundgedanken iſt es nothwendig, daran feſtzuhalten, daß der Reinigungs-Eid zunächſt das Recht des Angeklagten, und nicht eine Pflicht im Verhältniß zu dem Gegner ſey, welcher berechtigt iſt, denſelben zu fordern. Auch ſteht mit dieſem innern Gang der Entwicklung, die wir vor der

Betrachtung an, daß zuweilen ſelbſt der Eid durch eine andere Weiſe, z. B. durch Zweikampf, überwunden werden dürfte, und hängt mit der urſprünglichen Anſicht zuſammen, nach welcher der Eid, als das letzte ſubſidiar Mittel, und überhaupt nicht als die einzige Weiſe einer Berufung auf die Gottheit galt.[65]) Mit einer veränderten Anſicht, daß nehmlich, den Fall der Ueberführung des Meineids abgerechnet, der Eid ein neues darüber ſtehendes Prüfungsverfahren ausſchließt, und ihm eine Bedeutung beigelegt wird, welche mit einem ſolchen unvereinbar wäre — eine Anſicht die ſich vornehmlich durch das Canoniſche Recht feſtſtellt, mußte auch dieſes aufhören. Eben ſo liegt es dem Gegenſtand unſerer Unterſuchung über den Reinigungs-Eid des Angeklagten ferne, daß auch der Ankläger mit Eideshelfern ſeine Behauptung bekräftigen konnte,[66]) ob-

---

Aufzeichnung der Geſetze anzunehmen haben, nicht im Widerſpruch die Form, in welcher der Reinigungs-Eid in den Geſetzen, entweder unmittelbar, oder mit einer Alternative geboten wird, componat — aut, si negaverit, juret. — So auch unſere Urtheilsform — er ſchwöre, oder ſchwöre nicht, worauf ſodann was Rechtens, weiter ergehen wird. Vgl. überhaupt noch Grimm deutſche Alterthümer S. 859. ꝛc.

[65]) Eine ſehr intereſſante Stelle, (auch in anderer Hinſicht) über ein dem Reinigungs-Eid folgendes Verfahren mit Gottesurtheil, iſt in der L. Frision. Tit. 14. de homine in turba occiso. Cap. 1 — 3. Henke a. a. O. Th. I. S. 94. Rogge a. a. O. S. 185. 206. Vgl. 178. Eichhorn R. G. dritte Ausgabe. Th. I. §. 77.

[66]) Pact. leg. Sal. Tit. 76. Cap. 1. Doch ſteht hier dem Beklagten der Reinigungs-Eid mit der doppelten Zahl der Eideshelfer frei. ſ. Not. 68. Dagegen konnte auch letztere ausgeſchloſſen werden, und der durch Eideshelfer unterſtützte Schwur des Anklägers war hinreichend, wenn letzterer den Gegner auf

gleich für eine umfaſſende Betrachtung des germaniſchen Inſtituts,[67]) des Eides und der Eideshelfer,

frischer That betreten, und ohne fremde Hülfe gebunden und vor Gericht gebracht hatte. War aber die Gefangennehmung durch mehrere Männer bewirkt, wobei weder wie im andern Fall, die Anſicht eines Gottesurtheils gegen den Schuldigen gegründet, noch die Möglichkeit eines Mißbrauchs entfernt gedacht werden konnte, ſo durfte ſich der Angeklagte nach der herkömmlichen Weiſe eidlich reinigen. Vgl. L. Ripuar. Tit. 41. Cap. 1. 3. Rogge a. a. O. S. 188. Sachſenſpiegel I. 66. 70. Schwäb. L. R. Cap. 163. Hieher gehört auch das lange Zeit übliche ſ. g. Beſiebnen, welches durch die Bamberg. P. G. O. Art. 273. ausdrücklich aufgehoben wurde; während die P. G. O. Carl's V. dafür keinen entſprechenden Artikel enthält, auch deſſen nach ihren allgemeinen Grundſätzen nicht bedurfte. Wir werden darauf ſpäter zurückkommen. Vgl. einſtweilen Malblanc Geſch. der P. G. O. S. 73. ꝛc. und Biener a. a. O. S. 155. Der Eid, den der Ankläger über ſeinen guten Glauben an den Grund ſeiner Anklage, nach ſpäterm Rechte ablegen mußte, der jedoch den Reinigungs-Eid des Gegners nicht ausſchloß, gehört nicht hieher; eben ſo wenig der Eid des Damnificaten, welcher nur die Wahrheit ſeiner Angabe unterſtützen ſoll, den Schaden wirklich erlitten zu haben, ohne übrigens einen Beweis rückſichtlich anderer Beſtandtheile des objektiven oder ſubjektiven Thatbeſtandes des Verbrechens zu begründen.

[67]) So wie nehmlich das Inſtitut ein eigenthümlich germaniſches iſt, ſo konnte es auch, da ſeine Grundlage in der National-Sitte enthalten iſt, und das Syſtem der Territorialrechte damals nicht beſtand, nach dem Princip der ſ. g. perſönlichen Rechte, nicht für fremde Stämme, namentlich nicht für Römer in Germanien gelten. Rogge bemerkt jedoch a. a. O. S. 154. ꝛc. daß hievon Ausnahmen gelten. Unter den Franken ſtand den Römern in dieſer Hinſicht gleiches Recht mit den Schutzhörigen des Königs und der Kirche zu. L. Ripuar. Tit. 66. Si autem regius, Romanus aut ecclesiasticus taliter egerit, cum legitimo numero (juratorum) similiter studeat implere, aut legitimam solutionem componat. Die Stelle L. L. Pipini Cap. 46. — quando jurant (sc. Longobardi aut Romani) juxta legem suam jurent, welche Bedenken erregt, weil dem Röm. Rechte, der Reinigungs-Eid unbekannt iſt, ſucht Rogge

dieſe Zuſammenſtellung nothwendig iſt; wenn ſich auch intereſſante Reſultate über das Verhältniß ſolcher einander entgegenſtehender Eide, und die Möglichkeit knüpfen laſſen, daß ein Theil den andern durch ſtärkere Rede — gleichſam im Kampfe mittelſt Eiden, durch größere Verſtärkung von Eidesgehülfen überwinde.[68])

---

durch die Annahme zu erklären, daß ſich unter den in der Lombardei lebenden Römern, ein dem Germaniſchen ähnliches Inſtitut der Eideshelfer, welches Pipin bereits auffand, gebildet haben müſſe. Er beruft ſich auf die öfters in dem ſ. g. Codex Utinensis vorkommenden Eideshelfer, bei welchen jedoch das Verfahren weſentlich von dem germaniſchen verſchieden iſt. Jeder der ſtreitenden Theile (auch, und hauptſächlich in Privatrechtsſachen,) ſtellte Eideshelfer, welche der Richter prüfte, und hiernach, auf welcher Seite er die würdigſten fand, dieſe zum Schwur ließ. Vgl. Canciani Vol. IV. S. 462. 509. 599. Savigny Geſch. des RR. im Mittelalter Th. I. S. 393. Not. 280. hat dargethan, daß die Quelle dieſes Verfahrens das ſ. g. Citirgeſetz iſt, — ein Mißverſtand, der eine Art Annäherung des Röm. Princips an das vorgefundene Inſtitut bewirkte. Die im Burgundiſchen Reiche lebenden Römer, bedienten ſich untereinander nicht des Reinigungs-Eides, L. Rom. Burgund. Tit. 23., aber die Lex Gundobada, welche das für Römer und Germanen in Streitfällen gemeinſame Recht enthält, giebt auch eine gemeinſchaftliche Form des Reinigungs-Eides mit Eideshelfern an. Lex Burgund. Tit. 8. Cap. 1. Rogge a. a. O. S. 156.

[68]) So mußte nach ſaliſchem Rechte der Adel als Ankläger mit halb ſo viel Eideshelfern auftreten, als in dem beſondern Falle der Angeklagte zu ſeiner Befreiung bedurfte, Pact. leg. Sal. Tit. 76 Cap. 1. Insbeſondere findet ein ſolches Ueberwinden mit Eid ſtatt, wenn Wiſſende vor dem heimlichen Gericht belangt werden; der Angeklagte kann allein ſchwören, der Kläger ihn durch Eid ſelbſt Dritte widerlegen. Der Angeklagte kann ſich mit 6 Eideshelfern dagegen vertheidigen; der Ankläger ihm wieder mit 14 Eideshelfern entgegentreten: wenn aber endlich der Angeklagte 21 Eideshelfer zu ſtellen vermag, ſo iſt er von der Anſchuldigung frei. Zuſätze zur Vehm-Gerichtsordnung von 1408. bei Hahn Coll. Monum. S. 608. ꝛc. Eichhorn a. a. O. Th. III. §. 421.

Von den Eideshelfern.

§. 14.

Wenn wir nun bisher geſehen haben, daß der Reinigungs-Eid ſeine eigenthümliche Bedeutung nur der Zuziehung und Mitwirkung der Eideshelfer, und mit dieſer in dem urſprünglichen Rechte der Fehde, folglich der Unterſtützung durch Kampfgenoſſen hat, ſo daß derjenige, dem dieſe Eideshülfe verweigert wird, eben ſo ſachfällig iſt [69]) als er hülflos und ſomit den bekannten Nachtheilen unterworfen iſt, wenn ihm Niemand bei der Fehde zur Seite ſtehen will, — worin eben nach der vorausgeſetzten rechtlichen Geſinnung der Germanen, die Nothwendigkeit liegt, daß der Schuldige ſich zur Genugthuung bereit erkläre: ſo dürfen wir doch nicht unbemerkt laſſen, daß zuweilen auch der Angeſchuldigte allein, mit Erfolg ſchwören kann. Dieſe Möglichkeit, die, wie mir ſcheint, ſpätern Urſprungs iſt, als der Eid mit Gehülfen, [70]) kommt entweder als Vorbereitung zu

---

[69]) Dieſen Fall hebt beſonders das Longobard. Recht hervor, wenn nehmlich der Beklagte ſelbſt, oder die von ihm geſtellten Conſacramentalen den Schwur verweigern: sacramentum ruptum. LL. Rothor. Cap. 367. Es wird dabei unterſchieden, ob der ſich weigernde Eideshelfer, der den Grund ſeines erlaubten Zurücktretens anzugeben ſchuldig war, dieſen darin ſetzte, daß, und warum er den Beklagten für ſchuldig hielte, — in welchem Falle der letztere für überführt galt, — oder aber einen ſolchen beſtimmten Grund nicht anzugeben vermochte, wo es dem Beklagten geſtattet war, einen andern an die Stelle des Ausgetretenen zum neuen Termine zu bringen. LL. Luitprandi L. 6. Cap. 8. Rogge a. a. O. S. 183.

[70]) Käme es im Germaniſchen Rechte, auf die ſelbſtſtändige religiöſe Bedeutung des Eides an, welche derſelbe nach der chriſtlichen und Canoniſchen Lehre hat, ſo würde der alleinige Eid des Angeklagten, als die Grundlage erſcheinen, der

dem Eid der Genoſſen vor, wenn dieſe einen Beſtärkungsgrund für ihre auszuſprechende Ueberzeugung fordern zu können, glaubten, oder in minder bedeutenden Fällen, denn die Größe des Wehrgeldes äußert auch hier ihren Einfluß, und bei Perſonen, deren Stand und Verhältniſſe ihrem Worte allein, gegenüber dem des geringern Gegners, ein Uebergewicht geben, namentlich dem Adel, der ſchon für ſich, für mehrere Freie zählt, ſo wie ſchon überhaupt, und auch bei Eideshelfern der Leugnende mehr für ſich hat.[71]) In dieſer Hin-

ſich die Eideshülfe anſchließt; auch der Sprachgebrauch würde dieſes unterſtützen. Als Volksinſtitut aber erſcheint der Eid nicht ohne Eideshülfe in ſeiner wahren Bedeutung, und als Ergebniß des Fehde- und Compoſitionen-Rechts, und wo er allein wirkſam iſt, muß dieſes als eine Ausnahme, vielleicht ſchon durch den Einfluß neuerer, dem urſprünglichen Rechte fremder Ideen betrachtet werden. — Wedredum, Wieder-Eid. Wiarda Geſch. und Auslegung des ſaliſchen Geſetzes. S. 211.

[71]) So wie es nehmlich eine Pflicht der Blutsfreundſchaft war, bei dem Reinigungs-Eid, wie bei der Fehde beizuſtehen — urſprünglich wenigſtens, denn ſpäter kommen auch Eideshelfer außer den Verwandten vor, — ſo wie bei der gerechten Fehde, neben der Pflicht der Verwandtſchaft, ſich auch das Recht der fremden Waffenfähigen zeigt, Beiſtand zu leiſten, ſo muß doch für dieſe, die Pflicht wegfallen, wenn ſie das Familien-Glied ihres Beiſtandes nicht würdig glaubten. In dem bei Gregor. Tur. lib. V. Cap. 33. erzählten Falle, wo ein Frauenzimmer in übeln Verdacht gerathen war, bekräftigt zuerſt deſſen Vater, vor den Verwandten eidlich ihre Unſchuld, gegen die Verläumdung, um dadurch jene zur Eideshülfe zu bewegen. Daß der Vater am Grabe des h. Dionyſius den Eid leiſtete, zeugt für die am Schluſſe der vorigen Note aufgeſtellte Anſicht des Einfluſſes chriſtlicher Lehre. Denn die germaniſchen Formen und Symbole waren anderer, meiſt kriegeriſcher Art; das Schwören am Grabe, in der Kirche, auf das Evangelium, auch Reliquien ꝛc. ſind, wie kaum bemerkt zu werden braucht, chriſtliche Formen. Grimm a. a. O. S. 859. b. vermuthet, „daß im hö-

ſicht iſt aber nicht unbeachtet zu laſſen, daß zu der Zeit, wo dieſes, in den Geſetzen, freilich neben den Beſtim-

---

hern Alterthume, wo der Glaube an die Wahrhaftigkeit des freien Mannes unerſchüttert ſtand, er den Eid allein leiſtete;" und zur Zeit der geſchriebenen Geſetze in Begleitung von Helfern. Aber wenn auch der ſelbſtſtändige Eid des Mannes gewiß die Grundlage iſt, ſo iſt doch in der Idee, und in dem erwähnten hiſtoriſchen Zuſammenhang, als Volksinſtitut, die Eideshülfe gleichzeitig zu denken, auch ſind ſeine Beiſpiele zum Theil noch aus ſpäterer Zeit, als die, welche ich hier, als Ausnahmen der Regel folgen laſſe. — Als Belege für den Eid des Beklagten allein, nach der andern oben angegebenen Rückſicht, mögen nur folgende Stellen hervorgehoben, und dabei erinnert werden, daß überhaupt die Zahl der Eideshelfer nach Umſtänden größer oder geringer iſt, (sacramentum maius und minus) und daß, da zuweilen ein einziger hinreicht, dieſes ſchon eine Annäherung an den Eid des Angeklagten allein begründet. L. Bajuv. Tit. VIII. Cap. 2. §. II. (wenn ein Freier des Diebſtahls angeſchuldigt iſt.) Et si negare voluerit secundum qualitatem pecuniae juret. §. III. Si unam saigam (id est tres denarios) furaverit, solus juret secundum legem suam. Cap. 4. Si duos saigas — cum sacramentali uno juret. In den folgenden Stellen ſteigt nach dem Betrag, die Zahl der Eideshelfer auf ſechs. Ferner Cap. 14. §. II. ein Eideshelfer, um den Verdacht der Diebeshehlerei abzuwenden. Vgl. Tit. 9. Cap. 15. Tit. 12. Cap. 6. Tit. 19. §. II. Hingegen die Stelle aus dem Decret. Tassilonis de popul. leg. Cap. VI. bezieht ſich auf ein Gottesurtheil, beide Partheien aber auch nur dieſe ſchwören: — De eo, quod Baioarii stapsaken dicunt, in verbis, quibus ex vetusta consuetudine paganorum idolatriam reperimus, ut deinceps non aliter nisi sic dicat, qui quaerit debitum: Haec mihi injuste abstulisti, quae reddere debes, et cum tot solidis componere. Reus vero contra dicat: Non hoc abstuli nec componere debeo. Iterata voce requisitor debiti dicat: Extendamus dexteras nostras ad justum judicium Dei. Et tunc manus dexteras uterque ad coelum extendat." Vgl. noch L. Frision. Tit. I. Cap. 11. 13. 15. mit 16 — 21. Tit. 11. Cap. 3. — „Si autem calumniator, aut ille cui calumnia irrogata est, se solum ad sacramenti mysterium perficiendum protulerit, et

mungen über den Reinigungs-Eid mit der regelmäßigen Anzahl von Eideshelfern (meiſt 12, oft nur 3 — 6; zuweilen aber bis zu 72) vorkommt, ſich ſchon Spuren

---

dixerit: Ego solus jurare volo, tu, si audes, nega sacramentum meum, et armis mecum contende. Faciant etiam illud, si hoc eis ita placuerit, juret unus, et alius neget, et in campum exeant. Addit. ad Tit. 2. Tit. 3. Cap. 6. Indeß will ich auf dieſe Stelle kein beſonders Gewicht legen, weil hier beide Theile ſchwören können, und der Schwur die Sache nicht endigt, indem es gegen die ſonſtigen Regeln zum Zweikampf kommt. Später kommt das sola manu juramento se expurgabit häufiger vor, z. B. im Halliſchen Schöppenbriefe §. 3. 4. 24. Jus Susatense Art. 32. 33. Vgl. 34. 35. 60. Vgl. Gaupp das alte Magdeburg. und Halliſche Recht. Breslau 1826. 224. ꝛc. Grimm a. a. O. S. 859. Not. * S. überhaupt Du Fresne du Cange Glossarium voc. juramentum. Tom. II. Pars II. P. 166. In dem Verfahren vor dem Femgerichte Weſtphalens, welches rückſichtlich des Beweiſes, des Eides mit Gehülfen ꝛc. ſich den germaniſchen Rechtsgewohnheiten anſchließt, galt das Recht eines Schöffen, die Anklage durch ſeinen Eid allein abzuweiſen. Wigand das Femgericht Weſtphalens, Hamm 1825. S. 378. führt aus einem alten Weisthum an: „Ein Schöffe mag ſeine Unſchuld mit ſeiner eigenen Hand darthun, und bedarf keiner Hülfe dazu. Vgl. die Belege Not. 18. Der Verfaſſer erinnert zu der richtigen Bemerkung Rogges, die auch Grimm anerkennt, „der Ausdruck Eideshelfer komme in den Quellen nicht vor," daß hier in dem Worte „Hülfe" wenigſtens eine Andeutung ſich finde. Not. 19. Ueber den Beweis bei dieſen Gerichten, beſonders mittelſt Eides und Eideshelfer, ſ. die angeführte Schrift S. 67 sq. 377 sq. 382 sq. wo man ſehr intereſſante Mittheilungen findet. S. noch C. A. Tittmann Geſchichte der deutſchen Strafgeſetze. Leipzig 1832, §. 50. ꝛc. So wie es nun Eid ohne Eideshelfer gibt, ſo findet auch umgekehrt ein Gebrauch mit Eideshelfern zu anderm Zweck als zum Reinigungs-Eid ſtatt. Rogge a. a. O. P. 186. Vgl. überhaupt: Formul. Sirmond. 30. 31. 40. 41. Formul. Andegavens. 14. 15. 49. Burchardi Episcopi leges. 18. 32. bei Walter Corp. Jur. Germ. Tom. III. S. 777 sq. Jura et leges civil. Argentin. 35. ibid. P. 785.

des Einfluſſes des geiſtlichen Rechts zeigen, welches, wenn es gleich die Conſacramentalen anerkennt, doch theils den Eid ſelbſt tiefer, und als ein auf die Wahrheit, welche hergeſtellt werden ſoll, berechnetes Mittel betrachtet, theils auch für die Conpurgatore eine andere Grundlage ihres Schwurs annimmt.[72] Gerade dieſes beſtätigt aber die Vermuthung der ſpätern Zuläſſigkeit, dieſes alleinigen Eides, und mag allmählig den Uebergang zu der ſpätern Praxis vorbereitet haben.

Stellung im ältern Beweisſyſtem.

§. 15.

Dieſes auf die Wahrheit unmittelbar gerichtete Streben, ich möchte ſagen dieſe materielle Rückſicht, iſt es aber nicht, welche wir nach dem Bisherigen in der Grundanſicht des Germaniſchen Reinigungs-Eides finden, der ſich mehr als ein formelles Mittel der Antwort im Verfahren charakteriſirt. Es kann daher nicht befremden, daß dem ſeine Unſchuld mit Eideshelfern bekundenden Angeklagten mehr Recht, als zur

---

[72]) Hier zeigt ſich dann auch, wenn man für die frühere Zeit das eigentliche Beweisverfahren nicht anerkennen will, wenigſtens der Uebergang zu einem ſolchen, z. B. L. Allam. Tit. 42. Cap. 1. — „quod illi testantur qui boni testimonii sunt in plebe, non perjuratores, nec fallaces, nec pecuniarum acceptores, sed veritatem volunt dicere, cognoscat hoc judex — ut propter suam nequitiam alii qui volunt Dei esse, non se perjurent, nec propter culpam alienam semetipsos perdant L. Bajuv. Tit. 8. Cap. 16. §. I. Ut sacramenta non cito fiant, judex causam suam bene cognoscat, et prius veraciter inquirat, ut eum veritas latere non possit. Nec facile ad sacramenta veniatur. §. III. In his vero causis sacramenta praestentur, in quibus nullam probationem discussio judicantis invenerit."

Seite ſtehend angenommen wird, als denjenigen, welche auf gleiche Weiſe als wirkliche Zeugen der Schuld, die ihnen bekannt iſt, auftreten wollen, und gegen welche der Reinigungs-Eid, das bloße Leugnen, ſtets den Sieg davon trägt.[73]) So konnte z. B. ſelbſt der von Mehrern ergriffene Dieb ſich mit Eideshelfern reinigen,[74]) und beſonders wichtig für die Würdigung des Reinigungs-Eides, nach dieſer formellen Seite, iſt die Beſtimmung, daß ſelbſt bei dem Zugeſtändniſſe der Anſchuldigung im Allgemeinen, z. B. einer Verletzung, doch die Größe derſelben eidlich mit Conſacramentalen geleugnet, und dadurch die Compoſition vermindert werden konnte.[75])

Indeſſen kommen ſpätere Ausnahmen vor, die ſich dem materiellen Princip nähern. So wird bei allen offenbaren Verbrechen jede Reinigung, auch durch den

---

[73]) Semper negatio potior est affirmatione. LL. Rethelredi Reg. Cap. 10.

[74]) S. Not. 66.

[75]) Dieſe Theilung, wonach in der einen Hinſicht wegen des Zugeſtandenen die Compoſition, in der andern wegen der eidlichen Reinigung die Befreiung die Folge war, läßt ſich mit dem ſ. g. qualificirten Geſtändniſſe gewiſſermaßen vergleichen, und erklärt ſich leicht, wenn man berückſichtigt, daß das germaniſche Recht vorzugsweiſe den äußerlich wahrnehmbaren Schaden, und dieſen in vielfachen Abſtufungen mit einer großen Mannichfaltigkeit der Compoſitionen unterſcheidet. Vgl. L. Ripuar. Tit. 68. Cap. 3. Quod si factum negaverit, quod talis plaga non fuerit, in quantum confessus fuerit, solvat, et de reliquo cum VI. juret. Cap. 4. Quod si quis absque effusione sanguinis in quocunque libet membro os fregerit, 18 solid. culpabilis judicetur, aut cum VI. juret, quod os fractum non fuisset, et tunc unum solidum componat." Rogge a. a. O. S. 215.

Eid nothwendig ausgeſchloſſen. Zwar ſind die Beſtimmungen nicht erſchöpfend, welche That eine offene, handhafte in dieſem Sinne ſey, auch iſt eben angeführt, daß ſelbſt der von Mehrern betretene und gefangene Dieb, ſich mit Eideshelfern reinigen konnte. Indeß aus dem altfriſiſchen Rechtsbuche die Rüſtriger, dem Aſegabuche, welches obgleich ſpäterer Abfaſſung, doch altes Volksrecht enthält, und den angeblich von Carl d. Gr. aufgeſtellten fünf Ausnahmen, (Wenden) von dem ihnen ſonſt geſtatteten Reinigungs-Eid, — Ausnahmen „die allen Frieſen vortheilhaft und nützlich ſind,“ leitet Rogge[76]) das Princip ab, daß die That als offenbar galt, „deren Zeuge die ganze Gemeinde war, oder auf deren friſchen und unverkennbaren Spur der Thäter von der öffentlichen Gewalt d. h. von der Gemeinde ergriffen wurde.“

Beſchränkung durch die Kirche.

§. 16.

Daß die allmähligen Beſchränkungen, wegen der Bedenklichkeit des Mißbrauchs des Eides, dem Einfluß der chriſtlichen Kirche zuzuſchreiben ſeyen, welcher ſich in mehrern Volksrechten unverkennbar zeigt, iſt bereits erinnert worden,[77]) ohne daß dieſes jedoch ſchon

---

[76]) Aſegabuch, Ausgabe von Wiarda. Berlin 1805. S. 222. Die fünf Wenden — von dem Recht der Frieſen alle Sachen mit den Heiligen abzuweiſen, hat Rogge a. a. O. S. 221. mitgetheilt. Vgl. jedoch was gegen deſſen Anſicht Wigand a. a. O. S. 395. ꝛc. erinnert.

[77]) S. oben Not. 72. Decret. Childeberti Reg. c. a. 595. Cap. 7. de furibus et malefactoribus ita decrevimus observare, ut si quinque aut septem bonae fidei homines

überall conſequent durchgeführt worden wäre, da in eben dieſen Rechten, ohnerachtet der aufgeſtellten Beſtimmungen, noch immer die Wahl für den Angeklagten frei ſteht, entweder zu componiren, oder zu leugnen und zum Eide zu ſchreiten. In jenem Sinne der Kirche ſind nun die Verordnungen Carls d. Gr. wonach der Meineid mit Abhauung der Hand beſtraft, und ein früher zum Tode Verurtheilter, nicht mehr durch Eid, ſondern nur durch Gottesurtheil ſich reinigen dürfen ſollte. [78])

Verbindung der germaniſchen und canoniſch=rechtlichen Grundſätze.

§. 17.

Wir haben hier die Stelle erreicht, wo ſich das Canoniſche Recht dem Deutſchen modificirend anſchließt, ſo daß die Quellen beider auch wieder in Verbindung geſetzt werden können. Der Grund der Abweichung des chriſtlichen Rechts iſt allerdings ein innerer, die Anerkennung der Unſicherheit in dem herkömmlichen Beweisverfahren, und der Gefahr für das Recht ſelbſt; aber die Aeußerung dieſer Anſicht, im Gegenſatz zu den germaniſchen Gebräuchen findet ſich hauptſächlich in der Ausbildung der geiſtlichen Gerichtsbarkeit, mit eigenthümlichen, aus römiſchen und germaniſchen ꝛc. durch die Praxis verbundenen Regeln des Verfahrens, zu-

---

absque inimicitia interposita criminosum cum sacramenti interpositione esse dixerint, quomodo sine lege involavit, sine lege moriatur. Ueber die Erklärung dieſer Schlußworte aus der Vulgata — Paulus an die Römer II. 12. ſ. Rogge a. a. O. S. 234. Vgl. Wigand a. a. O. S. 397.

[78]) Capit. can. 779. Cap. 10. — Cap. 1. a. 809. C. 28.

nächſt über Perſonen des geiſtlichen Standes, dann auch allgemeiner über Andere, nach dem bekannten Geſichtspunkte der Sünde, die in den Verbrechen enthalten iſt. Auf der einen Seite wurde nun dadurch der Reinigungs-Eid, im Gegenſatz zu den als unſicher erkannten Mitteln des Zweikampfs und der Ordalien begünſtigt,[79]) auf der andern aber auch, wegen gleicher Gefahr und der Wahrnehmung des Mißbrauchs bei größtentheils veränderten Verhältniſſen und Anſichten, in manchen Fällen beſchränkt.[80]) Beides wurde dadurch

[79]) Vgl. LL. Rothor. Cap. 164 — 166 über die Fälle wo mit Ausſchließung des Zweikampfs nur der Reinigungs-Eid ſtatt finden ſoll. LL. Liutprand. L. 6. Cap. 65. — „Quia incerti sumus de judicio Dei; et multos audivimus per pugnam sine justicia causam suam perdere. Sed propter consuetudinem gentis nostrae Longobardorum legem ipsam vetare non possumus." — Meine Unterſuchungen S. 247. — Vgl. überhaupt Gruben Anmerkungen aus den deutſchen und römiſchen Alterthümern. Halle 1763. 4to Abh. IV. S. 66. ꝛc. und Droger's Abh. Th. I. S. 175. ꝛc. Hauſchild Gerichtsverfaſſung der Deutſchen ꝛc. Leipzig 1741. 4to S. 55. Vgl. S. 187. 197.

[80]) Die Klagen über Falſchſchwören kommen in den ſpätern leges häufig vor, ſo wie manche mittelbare Beſchränkungen des Eides, entweder durch die dem Gegner geſtattete Befugniß, zu dem Zweikampf mit einem der Eideshelfer zu ſchreiten, ehe es zur Ableiſtung ſelbſt kam, oder durch die dem Richter auferlegte Pflicht der Prüfung der Sachen und der Perſonen. L. Burgund. Tit. 45. und oben Not. 72. Die erſtere Beſtimmung ſchließt ſich auf einfache Weiſe an die urſprüngliche Anſicht, daß die Eideshelfer Kampfgenoſſen des Angeklagten waren, dem ſie in der Ueberzeugung ſeines Rechtes zur Seite ſtanden. Der zum Kampf geforderte Eideshelfer — und der Kläger konnte dieſe aus der ganzen Zahl wählen, — gab durch ſeine Weigerung auch zu erkennen, daß er nicht mit gutem Gewiſſen ſchwören könne. So konnte der Meineid und der Kampf ſelbſt vermieden werden.

durch möglich, daß jetzt ein mehr geregeltes Beweisverfahren eintrat, insbeſondere dem Zeugniß, welches ja auch ein beſchwornes iſt, ein beſtimmtes Gewicht beigelegt wird. So verwandeln ſich die den ſtreitenden Theilen zur Seite ſtehenden Eideshelfer allmählig in Zeugen der Schuld, die des Angeklagten beſonders in ſolche der Vertheidigung oder Unſchuld, in gerichtliche Gehülfen, Schiedsleute, ꝛc.[81]) ohne daß je-

---

Die andere Beſtimmung hingegen, wie verſtändig ſie auch iſt, hat nicht eine ſolche hiſtoriſche Grundlage.

[81]) Hieher gehört die Verordnung v. 805. v. Carl d. Gr. De perjuriis ut caveantur, et non admittantur testes ad juramentum, antequam discutiantur. Et si aliter discuti non possunt separentur ab invicem, et singulariter inquirantur. Et non soli accusatori liceat testes eligere, absente suo causatore. — Et ille qui ad testimonium adducitur, si refutatur, dicat ille qui eum refutat, et probet quare illum recipere nolit. Et de ipso pago non de altero testes eligantur. Rogge S. 240. beruft ſich mit Grund auf die hier erwähnte Wahl der testes, um zu beweiſen, daß darunter nicht Zeugen in unſerm Sinn, ſondern eine Art der Eideshelfer zu verſtehen ſeyen. Es bildet ſich alſo bereits der Grundſatz die Fähigkeit und Eigenſchaften der Schwörenden zu prüfen, und dieſe Prüfung macht ſich auch geltend in Anſehung des Rechts des Gegners Eideshelfer vorzuſchlagen und zu verwerfen. Nachher wird ein Schritt weiter gethan, und die Prüfung der Thatſachen dem Richter ſelbſt durch von ihm, und nicht durch die Betheiligten zu beſtimmende, glaubhafte Zeugen. Capit. a. 808. Cap. 3. „Ut nullus testes mittere in judicium praesumat: sed Comes hoc per veraces homines circa manentes per sacramentum inquirat, at sicut exinde hoc modis omnibus dicat." Vgl. Capit. III. a. 812. Cap. 3. und das Capit. IV. ormat. a. 829. Sect. 2. Cap. 3. von Ludwig dem Frommen. Zwar bezieht ſich dieſes zunächſt auf Privatrechtsſtreitigkeiten, bei denen auch früher und ſpäter noch Eideshelfer vorkommen, allein das aufgeſtellte Princip hat ſich allgemeiner wirkſam geäußert, und indem es den Anfang eines ordentlichen Beweisverfahrens macht, hat es, wie Rogge S. 242. mit Recht bemerkt, den

doch der Gebrauch derſelben in ihrer urſprünglichen Form ganz weggefallen wäre.

Entſtehung des Unterſuchungs-Verfahrens.

§. 18.

Wir verlaſſen hiemit die Betrachtung des germaniſchen Rechts, welche auf Vollſtändigkeit nicht Anſpruch macht, indem wir nur dasjenige hervorgehoben haben, was als geſchichtliche Grundlage der weitern Unterſuchung nicht zu entbehren iſt. Die ſorgfältigen For-

---

Grundſätzen des Canoniſchen und Römiſchen Rechts den Eingang erleichtert. Vergl. Albrecht doctrinae de probationibus secundum jus germanicum medii aevi adumbratio. Pars II. §. 42. — Wenn hiernach die Entſtehung der gerichtlichen Zeugen aus den Eideshelfern im Ganzen als erwieſen anzunehmen iſt, ſo iſt dieß nicht ſo der Fall in Anſehung der Frage, ob auch die Geſchwornen ſich aus jenem Inſtitut gebildet haben. Rogge hat ſich S. 243. für die Bejahung erklärt; neuerlich hat Biener a. a. O. S. 305. ſich entſchieden dagegen erklärt, allerdings mehr nur mit Rückſicht auf die Jury in England. Indeſſen giebt er wenigſtens eine gemeinſchaftliche Grundidee für beide Inſtitute zu. Auch in Dännemark wird ſeit Chriſtian II. und beſonders ſeit Chriſtian III. der Zeugenbeweis wichtiger, und der Eid eines Gehülfen wegen Mißbrauchs beſchränkt. Gegen des Klägers vollen Zeugenbeweis, gilt kein Eidhelferbeweis des Beklagten, und letzterer iſt nicht ſchuldig, eine einfache Beſchuldigung eidlich zurückzuweiſen. Kolderup-Roſenvinge a. a. O. §. 152. Im Reg. v. 1537. a. A. heißt es: „Und beim Eidablegen finden wir eine groſe Ungebühr, im Reiche, in der Weiſe, daß viele, wenn ſie eine Tonne Bier bekommen können, ſich erdreiſten, mit jedermann zu ſchwören, ohne Recht und Wahrheit zu achten" ꝛc. Später nach dem Kampfe der ältern und neuern Beweistheorie wird der Eid ſehr beſchränkt, doch kommt, bei dem Princip, daß den Kläger die Beweislaſt treffe, der Ableugnungseid des Beklagten und zwar dann vor, wenn eine gewiſſe Vermuthung gegen ihn ſprach. Eideshelfer ſcheinen gegen das Ende der Regierung Chriſtians IV. ganz außer Gebrauch gekommen zu ſeyn. a. a. O. §. 177.

ſchungen neuerer Gelehrten [82]) überheben uns der Verpflichtung hierüber ausführlicher zu ſeyn.

Indem nun die weitern Schickſale des Reinigungs-Eides in unſerm ſtrafrechtlichen Verfahren uns beſchäftigen, kehren wir wieder zu dem kirchlichen Rechte zurück.

Schon oben iſt bemerkt worden, daß bei dem Beginn des Unterſuchungsprincip's der Reinigungs-Eid die veränderte Stellung erhielt, nicht mehr gleich und unbedingt die infamia aufheben, und damit jedes weitere Verfahren abwenden zu können. Die weitere Ausbildung des Inquiſitions-Prozeſſes iſt nun der Wendepunkt, den wir für die hauptſächlichſte Veränderung in der Lehre der Anwendung des Purgatoriums in's Auge zu faſſen haben. Der ältere Germaniſche Prozeß beruht, gleich dem Römiſchen, auf der Anklage deſſen der ein Recht verfolgt, oder anerkannt wiſſen will; nach beiden Rechten (abgeſehen von dem ſpätern Verfahren extra ordinem bei den Römern, und dem allmähligen Uebergang zu dem erſt im Canoniſchen Recht beſtimmter ausgeſprochenen, inquiſitori-

[82]) Außer den Rechtsbüchern und Sammlungen ſelbſt, welche an vielen Stellen ſo genaue Beſtimmungen über dieſes Inſtitut enthalten, — das übrigens bei den verſchiedenen Völkern mit manchen Eigenthümlichkeiten vorkommt, und mit größerer oder geringerer Unabhängigkeit von fremden Anſichten, — daß eine allgemeine Verweiſung hinreicht, beziehe ich mich auf das, was am ausführlichſten Rogge im Zuſammenhang, Henke und Eichhorn an verſchiedenen Stellen ihrer angeführten, nach Perioden abgetheilten Werke vorgetragen haben. Vgl. Philipps Angelſächſ. R. Gött. 1823. S. 98. 161. 180. ꝛc. 187. ꝛc. Deſſen Engl. R. u. P. G. Th. II. S. 251. ꝛc. 259. ꝛc. Deſſen Grundſätze des Deutſchen Priv. R. Th. I. §. 3. 16. Th. II. §. 29.

ſchen Princip, in dem Sinne einer Unterſuchung von Amtswegen im Intereſſe des Rechts) ſtehen zwei Partheien im Streit vor Gericht einander thätig gegenüber; es müſſen daher nothwendig viele Beſtimmungen für den Privatrechtsſtreit, und für das Strafrecht gemeinſchaftlich ſeyn, oder beſtimmter ausgedrückt, das Verfahren wird ſich der Form nach, um ſo leichter als ein privatrechtliches, oder ein demſelben ähnliches darſtellen, als es, wenigſtens im Germaniſchen Rechte, dem Inhalte nach, ſich vorzugsweiſe auf einen, wenn man dieſes hier brauchen darf, privatrechtlichen Geſichtspunkt bezieht. Denn es iſt bereits erinnert worden,[83]) daß es in frühſter Zeit nicht Verbrechen und Strafen in unſerm Sinne, ſondern nur Rechtsverletzungen wider rechtliche Angriffe ꝛc. gibt, deren Folgen anderer Art, als eigentliche Strafen ſind, indem Rache, Fehde, eintritt, wenn nicht, was erſt ſpäter Pflicht wird, eine Verſöhnung, Beilegung, Compoſition erfolgt; ſo daß nun der Gegenſtand des rechtlichen Verfahrens der iſt, zu ermitteln, ob eine ſolche Verbindlichkeit, d. h. alſo die Schuld, vorhanden ſey. Hiedurch wird nun in der That der Geſichtspunkt ein privatrechtlicher, wenn man nicht umgekehrt, in einer gewiſſen Hinſicht ſagen könnte, daß auch der Germaniſche Privatrechtsſtreit einen öffentlichen Charakter habe. Von einer Beſtrafung wegen Uebertretung des Geſetzes als ſolchen, iſt noch nicht die Rede, auch wird dem Geſetze, im Sinne der Germaniſchen Freiheit nicht zuwider gehandelt, wenn nur im Fall der Schuld, die auferlegte Compoſition entrichtet wird, denn das Geſetz beſtimmt ſelbſt weiter

[83]) S. oben Not. 55. und Meine Unterſuchungen S. 223. ꝛc.

nichts, als daß der Verletzer, wenn er nicht die Folgen ſeines Angriffs über ſich ergehen, und die Fehde wagen will, eine beſtimmte Summe entrichte; indem es jedoch in der Regel nur das letzte Glied, der ſich vorſtehenden Alternative nennt.[84]) Iſt auf ſolche Weiſe durch Entrichtung des Wehrgeldes, dem Intereſſe des Gegners genügt, ſo beruhigt ſich auch das Geſetz dabei, und es findet ſich urſprünglich keine Spur einer, dem öffentlichen Rechte angehörigen Rückſicht auf die Gefährlichkeit des Thäters für den Frieden der Gemeine. Daß ſich dieſes bald ändern, daß mit der beginnenden Staatenbildung in noch höherem Grade, als es früher nur ausnahmsweiſe der Fall war, ſich eigentliche Strafen und auch der Begriff eigentlicher Verbrechen, und die Nothwendigkeit einer Ahndung höherer Art bilden mußte, — wenn auch anfangs noch weniger aus dem Geſichtspunkte des Rechts, als aus Rückſichten der öffentlichen Sicherheit ꝛc. iſt unter andern auch von mir

[84]) Die frühere Alternative war, wie oben erinnert worden iſt, z. B. componat oder faidam portat, inimicitiam suscipiat. Die ſpätere iſt componat oder si negaverit, juret. Die erſte bezieht ſich auf den Fall der Schuld, wo die eine oder andere Folge eintreten ſoll; die andere, unterſcheidet Schuld, oder Nichtſchuld — vielmehr Befreiung von Schuld, ſo daß ein dem Verfahren angehöriger Punkt dem Recht ſelbſt an die Seite geſtellt wird. In unſern jetzigen Strafdrohungen und Geſetzen findet gleichfalls eine Alternative ſtatt, aber nicht die zwiſchen Schuld und dem Gegentheil — vielmehr ſpricht das Geſetz immer nur die Strafe für den Fall der Schuld aus, und überläßt es dem Prozeß, die Vorausſetzungen auszumitteln. Sondern, im Gegenſatz zu der ältern germaniſchen Anſicht iſt der ſtets zu verſtehende Sinn der: Du ſollſt nicht tödten ꝛc., wer aber das Geſetz übertritt, ſoll dieſe Folge erfahren. Jenem Fall entſpricht das prätoriſche — „solvere aut jurare cogam." L. 34. §. 6. D. de jurejur.

in geſchichtlicher Betrachtung zu zeigen verſucht worden. [85]) Hiemit iſt aber auch der Zeitpunkt eines entſchiedenen Einfluſſes des Chriſtenthums und des kirchlichen Rechts erreicht.

Es iſt einleuchtend, daß nach der urſprünglichen Anſicht von der Sache, der **Beweis**, oder das, was für das Partheien-Intereſſe deſſen Stelle vertrat, ſich anders geſtalten mußte, als nach der ſpäteren Anſicht, wonach das Verbrechen als **ſolches**, nicht mehr als bloße **Rechtsverletzung** und widerrechtlicher Eingriff in das Rechtsgebiet und den Frieden des Einzelnen, geahndet werden ſollte; ſo daß, wenn die vorwerfliche Handlung, was nicht mehr ausſchließend der Fall war, neben jener **allgemeinen** Eigenſchaft, auch dieſe **beſondere** hatte, beide Rückſichten der öffentlichen Genugthuung und der privatrechtlichen neben einander, in Verbindung, oder geſondert, vorkommen. [86]) Hier tritt nun nothwendig die Grundidee hervor, welche den Inquiſitions-Prozeß charakteriſirt, der ſich ſelbſt, als ein weiterer Fortſchritt nothwendig bildet, [87]) wobei nur die Art, wie ſich dieſes vernünftige, dem Rechte entſprechende Princip, äußerlich kund giebt, und allmählig befeſtigt, nach hiſtoriſchen und nationalen Gründen verſchieden iſt, und mit mannichfaltigen Modificationen in die äußere Erſcheinung tritt. [88]) Mit einer ſolchen

---

[85]) **Meine** Unterſuchungen. S. 126. ꝛc. 224. ꝛc.

[86]) Eben da S. 232. ꝛc.

[87]) **Meine** oben Not. 8. angeführten Bemerkungen zu **Bieners** Geſch. des Inquiſ. Proz.

[88]) Nehmlich auch in dem Anklage-Verfahren, ſofern dieß nicht von dem durch das Verbrechen Angegriffenen, und nicht zum Zweck der zu erlangenden Privatgenugthuung veranlaßt

Veränderung, wie wir ſie hier in dem Canoniſchen Rechte wahrnehmen, iſt die nothwendige Veränderung des Beweisverfahrens, oder, wenn dieſes für die frühere germaniſche Rechte in Abrede geſtellt wird, die eigentliche Entſtehung eines ſolchen, verbunden. Es kommt nehmlich jetzt beſtimmter auf die Wahrheit an, auf das wirkliche Daſeyn der Schuld oder des Gegentheils, und keine Strafe, oder ſonſtige rechtliche Folge ſoll auf einer andern Grundlage, als auf dieſer beruhen. Wir haben geſehen, wie ſich ſchon in den ſpätern Volksgeſetzen dieſer Gedanke ausgeſprochen findet.[89])

Einfluß auf die veränderte Art der Beweisführung.

§. 19.

Wir haben auf dieſem Standpunkte der Forderung eines eigentlichen Beweiſes in mehr materiellem Sinn, noch einer andern wichtigen Aenderung zu gedenken, deren Einfluß auf die zu betrachtende Lehre, ſich in der ſpätern Praxis noch entſchiedener zeigt. Hierher gehört nemlich im Allgemeinen, daß mit dem Canoni-

wird, ſondern, wie es bei den publica judicia der Römer, wenigſtens in der Regel der Fall war, wo jeder Bürger im öffentlichen Intereſſe, und nur in dieſem auftreten konnte — was durch die Entgegenſetzung der judicia privata auch wegen Delicten noch deutlicher wird — iſt dieſes Princip enthalten. Eben ſo in dem Franzöſ. und Engliſchen Verfahren, früherer und neuerer Zeit mit Procuratoren, Staatsanwälten ꝛc. Die Form ſelbſt iſt hier alſo nicht mehr lediglich entſcheidend. Auch das in Deutſchland den Uebergang zu dem Unterſuchungs-Prozeß machende Klagen von Amtswegen, welches in der Form des accuſatoriſchen Prozeſſes entſtand, und durch praktiſches Bedürfniß ſich bildete, wiewohl begreiflich an verſchiedenen Orten mit beſondern Modificationen, gehört hieher. Vgl. Biener a. a. O. S. 140. ꝛc.

[89]) S. oben Not. 72.

ſchen Recht auch die Veranlaſſung zu einer allmähligen Annahme der römiſchen Beweistheorie gegeben war, und dann insbeſondere, daß der Inhalt dieſer Grundſätze eine bedeutende Erweiterung der Mittel zur Ueberzeugung zu gelangen enthält, wenn dieſe auch oft nicht minder unſicher iſt, als dadurch verdrängte, oder modificirte frühere Verfahren.

Sehen wir noch einmal ab, von der Form in welcher früher der Beweis, oder was man ſtatt deſſelben annehmen will, — kurz die Grundlage eines Urtheils oder einer rechtlichen Beendigung des durch die Anklage veranlaßten Verfahrens, erhoben wurde, und berückſichtigen wir mehr den Inhalt ſelbſt, ſo finden wir vorzugsweiſe in dem Reinigungs-Eid mit Eideshelfern, daß das Abläugnen, alſo auch umgekehrt, das Zugeſtändniß und das Zeugniß (wieder nicht in dem ſpätern Sinn), ſo fern nicht ein höheres, nehmlich ein Gottesurtheil eintritt, die einfachen Mittel der Beſtimmung einer daran zu knüpfenden rechtlichen Folge ſind.[90]) Nun iſt es

---

[90]) Formell können wir dieſe Mittel nennen, weil ſie für ſich, ohne die tiefere Würdigung des Inhalts der dadurch erlangten Gründe in Betracht kommen. Da auf die Bewirkung eines Geſtändniſſes bei dem urſprünglichen Zuſtand des Strafrechts ſelbſtſtändig wenig oder gar nichts ankömmt, ſo fallen hier auch die Rückſichten hinweg, aus welchen ſpäter die Prüfung des Geſtändniſſes, nach ſeiner nicht blos formellen Seite, ſo wichtig wird. Wir verlangen für das Geſtändniß ſelbſt, für ſeinen Inhalt eine materielle Grundlage, welche, um deſſen Wahrheit würdigen zu können, nothwendig glaubhaft gemacht werden muß. Wo es aber nicht auf das Recht an ſich ankömmt, wo nicht der Staat als Handhaber der Gerechtigkeit ſtrafend einwirkt, ſondern mehr der individuelle Geſichtspunkt vorherrſcht, da findet auch keine Beſorgniß ſtatt, daß ein Unſchuldiger etwas geſtehen könne, und keine Maßregel dieſer Gefahr zu begegnen. Wenn ſich

begreiflich, daß, ſo lange eine amtliche Thätigkeit für Ermittelung der Wahrheit nicht ſtatt findet (in welcher Geſtalt dieſe auch, wie es ſpäter der Fall war, vorkommen möge) von Anzeigen, Indicien, weder als Veranlaſſung eines Verfahrens, noch als Beweismitteln und Gründen, und als möglichen Vorausſetzungen eines Erkenntniſſes nirgends die Rede ſeyn könne, auch liefern die Quellen davon keine Spuren. Hingegen mit der Entſtehung eines Verfahrens, welches nicht nur, ſobald es einmal ſtatt findet, auf die Herſtellung der Wahrheit berechnet iſt, ſondern auch ſelbſtthätig, daß es in jedem nothwendigen Falle eintreten könne, beſorgt iſt, und daher die Gründe, auch nur der Wahrſcheinlichkeit eines zu rügenden Vergehens, entweder wie ſie ſich darbieten, aufnimmt und verfolgt, oder dieſelben erſt zu entdecken bemüht iſt, mußten ſich nothwendig Erweiterungen der auf den jetzigen Zweck berechneten Mittel ergeben, und es beginnt jetzt nicht nur der erwähnte neue Charakter der früher gebräuchlich geweſenen Beweismittel, ſondern es bietet ſich ein neues und ſehr erhebliches in den Indicien dar, welche, indem ſie in doppelter Hinſicht in Betracht kommen, der ältern Beweistheorie, wenn man ſich ſo ausdrücken darf, eine veränderte Richtung, und dem Reinigungs-Eid eine bisher unbekannte Vorausſetzung geben, ja auf deſſen allmähliges Verſchwinden nothwendig hinarbeiten.

---

jener Standpunkt im weitern Fortſchritt verändern, und mit Beſchränkung des Reinigungs-Eides dem Geſtändniß, und Zeugniß größere Wichtigkeit verleihen mußte, ſo war es eine nothwendige Folge, daß für dieſe, noch eigen materielle Erforderniſſe aufgeſtellt werden mußten, wobei die Lehre der Anzeigen eine bedeutende Stelle einnimmt.

Schon oben iſt bei Betrachtung des ältern Canoniſchen Rechts bemerkt worden, daß ſich der Reinigungs-Eid auf Verdacht beziehe, von dem ſich Jemand durch denſelben frei macht.[91]) Im germaniſchen Recht nöthigt ſo wenig der Verdacht zu dieſer Rechtfertigung, als umgekehrt ſelbſt mehr als dieſer, ſelbſt die von Zeugen bekräftigte Anſchuldigung davon nicht ausſchließt. Anders aber erſcheint die Sache im Canoniſchen Recht ſpäterer Zeit, und in dem dadurch modificirten Germaniſchen Prozeſſe.[92]) Der Verdachtsgrund erhält jetzt eine andere Bedeutung, indem er die Thätigkeit der öffentlichen Gerechtigkeit auffordert, und er darf als ſolcher nicht ſo auf dem Individuum laſten, daß es gleichgültig ſeyn könnte, ob er auf ſich beruhe, oder auf irgend eine Weiſe, — ſey es indem er mit Erfolg abgelehnt, oder im Gegentheil zur Gewißheit erhoben worden, — als ſolcher entfernt werde. Eines von dieſen beiden letztern muß vielmehr geſchehen, und am meiſten zeigt ſich dieſes praktiſch in der urſprünglichen und vornehmſten Anwendung auf Geiſtliche, deren Stand und Würde am wenigſten mit dem Daſeyn eines übeln Gerüchts, Verdachts ꝛc. beſtehen kann.

---

[91]) Der einer ſpätern wiſſenſchaftlichen Theorie entſprechende Sprachgebrauch, welcher Verdacht, Anzeigen, Wahrſcheinlichkeit ꝛc. unterſcheidet, was aber ſelbſt die Bam. G. O. und die C. C. C. noch nicht thun, iſt für dieſe Periode noch nicht anwendbar.

[92]) Nicht nur dadurch wird die neue Anſicht mehr verbreitet, daß ſie ſich, wenn auch anfangs nur in wenigen, faſt verlornen Spuren, in dem deutſchen Verfahren, und den darüber aufgezeichneten Beſtimmungen findet, ſondern hauptſächlich durch die Häufigkeit der Unterſuchung vor den geiſtlichen Gerichten, nach den bekannten Gründen, welche die weit ausgedehnte Zuſtändigkeit derſelben herbeiführten.

So findet ſich dann mit dem Umſtand, daß Indicien die Veranlaſſung einer Unterſuchung werden müſſen, die bereits früher erwähnte, dem Germaniſchen Rechte fremde Anwendung des Reinigungs-Eides, dieſen dadurch entſtandenen Verdacht, und mit ihm die Einleitung des Verfahrens zu entfernen. So wie aber die Unterſuchung dennoch nothwendig wird — und es iſt oben bemerkt, daß bald bei gewiſſen Verfahrensarten [93]) der Eid nicht die Wirkung hat, ſie entbehrlich zu machen — ſo nimmt das Indicium, und mit ihm der Reinigungs-Eid eine andere, und für das Materielle wichtige Stellung ein, — beide erſcheinen nehmlich als Beweismittel, [94]) und es kommen in Anſehung des erſtern, die eben gedachten Rückſichten vor, weder hier zu dem weitern Zweck ein Urtheil über die Sache ſelbſt, für ſich allein, oder in Verbindung mit andern Beweisgründen möglich zu machen. Die Schwierigkeit dieſes zweiten Verhältniſſes werden wir weiter unten, wenigſtens ſo weit in Erwägung ziehen, als es die hier geſtellte Aufgabe erfordert, die Grundlage war aber hier ſchon zu erwähnen, da ſie weſentlich mit der neuen Geſtaltung des Verfahrens in Verbindung ſteht.

---

[93]) S. oben z. B. Not. 72. 81.

[94]) Ich brauche hier das Wort in der weiten Bedeutung, und ohne Rückſicht auf die Frage, welches ſelbſtſtändige Gewicht auf die daraus abzuleitenden Beweisgründe gelegt, und welche rechtliche Folge daran geknüpft werde. Ob Indicien das Recht oder die Verbindlichkeit einer eidlichen Reinigung begründen, oder wie ſie ſonſt zu ergänzen ſeyen, oder ein Strafurtheil zu rechtfertigen, oder vollends für ſich dazu für hinreichend zu achten ſeyen, und unter welchen Vorausſetzungen, das ſind Fragen, deren praktiſches Intereſſe einer weit ſpätern Zeit angehört.

Eigenthümlichkeit des neuen Verfahrens und Einfluß auf den Reinigungs-Eid.

§. 20.

Um dieß aber näher zu zeigen, wird es zweckmäßig ſeyn, die durch das Canoniſche Recht eingeführten Grundſätze des ſtrafrechtlichen Verfahrens, ſo weit ſie den Gegenſtand unſerer Unterſuchung betreffen, kürzlich darzulegen. [95]) Wie bekannt auch die Eigenthümlichkeiten ſind, welche den Unterſuchungsprozeß, ſowohl ſeiner äußern Veranlaſſung, als auch ſeinem Gange nach, von dem Anklageprozeß unterſcheiden, ſo iſt es doch nothwendig, den Hauptgeſichtspunkt hervor zu heben, und an die Spitze zu ſtellen, welcher denſelben charakteriſirt, und auf deſſen möglichſt vollſtändige Durchführung ſich die Arbeit von Jahrhunderten bezieht; dieß ſcheint um ſo nothwendiger, als dieſer Geſichtspunkt nicht weſentlich der andern Art des Verfahrens fremd iſt, ſondern in ihr eben ſo gut enthalten ſeyn könnte, ja dem Begriff nach und ſo wie ſich im neuern Sinn in manchen Ländern das accuſatoriſche Princip äußert, wirklich in ihr liegt. Dieß iſt nehmlich die Herſtellung der Wahrheit und des Rechts ſelbſt und zu keinem andern Zwecke, als um die-

---

[95]) Ich beziehe mich hiebei vorzugsweiſe auf die treffliche Darſtellung von Biener in dem öfters angeführten Werke. Dieſer bemerkt ſchon in der Einleitung S. 7. ſehr richtig, daß in Anſehung des hiſtoriſch nothwendigen Ueberganges von der Anklage, zu dem Unterſuchungs-Princip, die Vermittelung im Mittelalter ohne Zweifel durch die Bildung des fiscaliſchen Prozeſſes mit öffentlichen Anklagen erfolgt ſeyn würde, welche, ſich der ältern Form anſchließend, das Zeitbedürfniß am einfachſten befriedigt haben würde, „wenn nicht durch Veranlaſſung deſſelben Bedürfniſſes das Canoniſche Recht, das ſchon früher ein Officialverfahren kannte, ſeinen Unterſuchungsprozeß ohne öffentlichen Ankläger unter Innocenz III. raſch ausgebildet hätte.“

ſem Recht und ſeiner Forderung zu genügen.[96]) Dürfte man in einem gewiſſen Sinn den innern Grund der Sache und den hiſtoriſchen einander entgegenſetzen, ſo könnte man ſagen, daß es nur der letztere ſey, aus welchem in dem frühern Anklageprozeß ſich nicht jene weſentliche Seite, ſondern die des Privatrechts geltend gemacht hat, — man wird jedoch nicht verkennen, daß auch jener geſchichtliche Entwicklungsgang ein durch die innere Nothwendigkeit bedingter ſey, wenn man den im Gange der Unterſuchung angedeuteten Zuſammenhang

[96]) Es liegt außer den Grenzen der gegenwärtigen Unterſuchung das Daſeyn dieſes wahrhaften Princips auch im ältern Strafrecht — ſobald nehmlich einmal ein ſolches beſteht, nachzuweiſen. Daß es geſchehen kann, hat auch das Studium der Quellen gelehrt. Freilich tritt in geſchichtlicher Geſtalt, und bei der Nothwendigkeit einer Form für die Sache ſelbſt dieſe oft und lange gegen jene und den Wechſel derſelben in den Hintergrund; nur langſam bildet ſich im Zeitenlaufe die Uebereinſtimmung beider. Einzelne gelegentliche Aeußerungen der Geſetzgeber, welche für das Gegentheil zu ſprechen und mehr außer politiſche Gründe anzuerkennen ſcheinen; laſſen ſich theils aus dem Anſchließen an frühere, einem wahren Strafrecht, und einer darauf ſich beziehenden Verpflichtung, nicht bloßen Berechtigung daſſelbe auszuüben, fremde Anſichten, erklären, theils können ſie, der vorhandenen wenn gleich noch nicht ins Bewußtſeyn aufgenommenen Wahrheit keinen Eintrag thun. Auch haben alle andern ſ. g. Zwecke, als für ſich beſtehende und hiſtoriſch bedingte Principien ihre Bedeutung, welche anerkannt werden muß. Ich habe daher ſchon früher meine Ueberzeugung von der Nothwendigkeit einer geſchichtlichen Behandlung des ſ. g. Strafrechtsprincips und den Strafrechtstheorien ausgeſprochen; ohne dieſe wird, glaube ich, auch die ſcharfſinnigſte ſ. g. blos philoſophiſche Würdigung ihr Ziel nicht erreichen, ja nicht einmal rein-philoſophiſche im wahren und umfaſſenden Sinne genannt werden können. Vgl. Mein Syſtem der Crim. R. W. Vorrede S. XIV. u. §. 31. ꝛc. und meine Kritik von Richters philoſ. Strafrecht, in den Jahrb. für wiſſ. Kritik. Jahrg. 1830. N. 111. ꝛc. S. 881 — 895.

mit den Volksanſichten beachtet, und dabei von einer richtigen Würdigung des Verhältniſſes der Geſchichte des Rechts zu der Idee deſſelben ausgeht. [97]) Kommt es nun lediglich auf die Wahrheit an, ſo muß der das öffentliche Intereſſe wahrnehmende Beamte ſelbſtthätig ſich bei Ermittelung derſelben verhalten, um ſowohl für ſich, als auch für andere urtheilende Perſonen, die erforderliche Ueberzeugung zu bewirken. Hieraus ergiebt ſich aber theils die Nothwendigkeit einer auf Herſtellung des Thatbeſtandes, ſoweit dieſer, als ſ. g. objektiver von dem des Thäters und ſeiner ſubjektiven Schuld getrennt werden kann, berechneten Voruntersuchung, wie ſie der eigentliche Anklageprozeß nicht kennt, [98]) theils

---

[97]) Mein Syſtem Vorrede S. VIII—XXIII.

[98]) Wenigſtens nicht als Theil des Verfahrens. Es bleibt dem Ankläger überlaſſen, ſich mit den nöthigen Beweismitteln zu verſehen, und er wird, um den Nachtheilen zu entgehen, welche eine unbegründete Anklage haben kann — wobei mehr auf das römiſche als auf das altgermaniſche Verfahren zu verweiſen iſt, für ſich eine Art Voruntersuchung, veranſtalten, wie dieß im jetzigen franzöſiſchen Verfahren von dem Staatsanwalt geſchieht. Indeß haben wir bereits bemerkt, daß bei dem frühern, dem öffentlichen Intereſſe und der für ſich geltenden Gerechtigkeit, fremden Standtpunkte, die Ausmittelung deſſen, was wir den objektiven Thatbeſtand nennen, minder in Betracht kommt; und iſt die Verpflichtung des Gegners ſeine Schuld nur in dieſem Sinne, welche er anerkennen ſoll. Auch würde eine Herſtellung des Thatbeſtandes, wenn ſie dem Ankläger auch möglich wäre, gar nicht von der Bedeutung ſeyn, welche ſie in unſerm Verfahren nothwendig haben muß, ſie möge von den übrigen Erforderniſſen des ſ. g. ſubjektiven Thatbeſtandes, namentlich von dem Geſtändniß oder der Ueberführung des Angeſchuldigten, für die man Grade anzunehmen pflegt — begleitet ſeyn oder nicht. Seine Perſon iſt es ausſchließend, die in Betracht kommt — er kann leugnen, ſich mit Eideshelfern reinigen, oder es auf ein Gottesurtheil ankommen laſſen, wenn er nicht componiren will;

wird nun ein Recht auf Wahrheit gegen den vor Gericht Geſtellten geltend gemacht, welches derſelbe anzuerkennen ſchuldig iſt, und dem er nicht entgegenhandeln darf, und, wenigſtens in ſofern es auch nicht kann, als ihn bloßes Leugnen nicht befreit; er ſoll ſich, da er einmal in Verdacht ſteht [99]) rechtfertigen, und darf nicht in dem Sinne wie der Angeklagte von ſeinem Gegner, die Beweiſe abwarten. [100]) Es iſt daher oft er-

---

aber er wird nicht überführt — denn das Verfahren bei handhafter That iſt doch etwas davon Verſchiedenes — und eben ſo wenig findet eine Bemühung ſtatt, ſein Geſtändniß zu erlangen. Auf den Zuſammenhang der Form und des Inhalts der einen und andern Verfahrensweiſe darf ich die Kenner nicht erſt aufmerkſam machen.

[99]) Es wird dabei vorausgeſetzt, daß dieſer überhaupt ſo mit gegründet ſey, um die Einleitung einer Unterſuchung zu rechtfertigen. Allerdings darf ſich hieraus weder für den Unterſuchenden, noch für die Urtheiler eine der möglichen Unſchuld gefährliche Präſumtion gegen den Verdächtigen ergeben, vielmehr iſt er bis zu dem Beweiſe, rechtlich noch nicht als ſchuldig zu betrachten, aber der Verdacht muß dann entfernt, und ihm hierzu Gelegenheit gegeben werden, wobei es wieder eine Folge des aufgeſtellten Princips iſt, daß ſich die amtliche Thätigkeit auch auf das beziehe, was wir jetzt die materielle Vertheidigung nennen. Dieß iſt ein weiterer Grund für die Trennung der ſ. g. Vertheidigung von der Hauptunterſuchung, unter andern auch um die Frage zu entſcheiden, ob der Verdächtige der letztern zu unterwerfen ſey. Unter der Vorausſetzung einer gewiſſenhaften Prüfung über die Zuläſſigkeit der letztern, kann bloßes Leugnen nicht mehr die Wirkung, wie früher haben.

[100]) Ein Beweis muß freilich gegen ihn geleiſtet werden, wenn eine rechtliche Folge gegen ihn erkannt werden ſoll, und es iſt möglich, daß in Ermanglung eines Geſtändniſſes, ſofern es zugleich an hinreichenden Ueberführungsgründen gebricht, die Losſprechung erfolgen muß, da eine Verurtheilung auf ſ. g. unvollſtändigen Beweis nicht im Princip dieſes Verfahrens liegt, und aus andern dem Recht fremden Gründen, angenommen wird. Aber es wird die Mitwirkung des Angeſchuldigten zu Erlangung

innert worden, daß das Geſtändniß zu erlangen, ein Hauptbeſtreben ſey, welches ſich im Unterſuchungsverfahren zeigt, während es in den andern von minderer Wichtigkeit erſcheint. [101]) Welchen Einfluß dieſer verordnete Standpunkt des Prozeſſes auf den Reinigungs-Eid haben mußte, werden wir ſpäter darlegen.

Das Canoniſche Recht ſchließt das Anklageverfahren nicht aus, vielmehr hat es daſſelbe aus dem römiſchen Recht angenommen und nur theilweiſe beſchränkt, z. B. rückſichtlich der Unfähigkeit der Laien Geiſtliche anzuklagen, theilweiſe erweitert, nehmlich durch Einführung des neuern Geſichtspunktes in die herkömmliche Form. Die denunciatio evangelica und die exceptio begründen noch kein Criminalverfahren: bei der letztern kommt es in Ermangelung eines Beweiſes der Berechtigung zu dem Reinigungs-Eid, der die Unterſuchung abwendet, während umgekehrt die erwieſene Beſchuldigung, immer noch keinen andern Nachtheil mit ſich

eines Beweiſes gegen ihn, gerade ſo in Anſpruch genommen, als in Anſehung des ſ. g. Entſchuldigungsbeweiſes. Ein blos paſſives Verhalten des Verdächtigen iſt dem Unterſuchungsverfahren nach ſeinem Grund und Zweck eben ſo fremd, als ein unthätiges Zuſchauen des Richters.

[101]) Geſtand der in Anſpruch Genommene, d. h. erklärte er ſich zur Compoſition bereit, ſo war das Verfahren entbehrlich. Dagegen verlangt ſchon die Bamb. Art. 29. und die C. C. C. Art. 22. — zur Verurtheilung „eigen bekennen oder überweiſung." Dieß iſt auch darum merkwürdig, weil ſie wenigſtens der Form nach, hauptſächlich den Anklage-Prozeß vorausſetzt, ſo jedoch, daß das den Unterſuchungs-Prozeß charakteriſirende Princip hierin ſchon anerkannt iſt. S. Biener a. a. O. S. 9. Not. 21. u. Mittermaier das deutſche Strafverfahren ꝛc. Heidelberg 1827. 1828. Th. I. S. 195. ꝛc.

ſich führt, als die Zurückweiſung des Excipirten (Anklägers oder Zeugen). Von dem Verfahren bei infamia und der in eine Verbindlichkeit übergehenden Befugniß der eidlichen Reinigung, deren Verweigerung die Buße oder Strafe nach ſich zog, iſt oben geſprochen worden [102]). Es entſpricht jedoch dem geſchilderten Charakter des ſich bildenden Official-Verfahrens, daß ſchon früh der Reinigungs-Eid beſchränkt wird. Wir haben bereits auf die Wichtigkeit des Verdachts und der Indicien bei dem Inquiſitions-Prozeß, ſowohl für die Veranlaſſung der Unterſuchung, als für den Beweis aufmerkſam gemacht. Im Falle einer infamatio (wofür die Ausdrücke mala fama, infamia, diffamatio, suspicio vorkommen) — d. h. wenn der Verdacht einer verbotenen Handlung durch allgemeines Gerücht, Notorietät, durch Beſchuldigung glaubhafter Perſonen, oder durch einen Ankläger, der jedoch den vollen Beweis zu führen nicht vermocht hatte, begründet war, trat ein Verfahren von Amtswegen ein [103]), deſſen Anfang und Ende der Reinigungs-Eid ſeyn konnte. Die Beſchränkung, daß erſt dann dieſer Eid ſtatt finden dürfe, wenn ſich innerhalb 40 Tagen Niemand meldet, welcher den Verdächtigen anklagen, nicht Beweis führen wolle, enthält ſchon die Anerkennung der Gefährlichkeit dieſes Mittels, ſey es für die Wahrheit, oder insbeſondere was der Geſichtspunkt der Kir-

[102]) S. Not. 39. ꝛc. und Biener S. 16—21.

[103]) Biener S. 20. bemerkt, daß dieſes bereits in der ältern chriſtlichen Kirche einen unſichern Charakter hatte, und erſt ſeit der Aufnahme des Reinigungs-Eides Beſtand und feſten Zuſammenhang erhielt.

che iſt, für das Seelenheil des Schwörenden [104]). An dieſe Weiſe des Verfahrens, welches zunächſt nur gegen Geiſtliche ſtatt fand, ſchließt ſich nun die der Sendgerichte, welche als eine kirchliche Einrichtung auf die Grundlage fränkiſcher Nationalität und Geſetzgebung zu betrachten ſind, weshalb ſich manche Germaniſche Elemente hier zeigen; insbeſondere gehören hieher außer den Sendzeugen, welche ſich auch in den carolingiſchen weltlichen Criminalgerichten finden, die Gottesurtheile und der Reinigungs-Eid, wie ihn das Germaniſche Recht ſelbſtſtändig kennt, alſo auch mit Eideshelfern. Hier iſt nun der Punkt, wo ſich beide Rechte näher berüh-

---

[104]) Decret. Alex. III. Tit. 21. Cap. 12. Ad audientiam nostram, venerabili fratre W. Canomanensi episcopo significante pervenit, quod dilectus filius, tuus W. archidiaconus ejus de morte mulieris cujusdam, quae per officiales ipsius archidiaconi interfecta proponitur, non aliter quam si ipse eam occiderit, infamatur. Ceterum quia idem archidiaconus ab hujusmodi reatu se asserit innocentem, (Nos) ne providere volentes, ne infamia polluat, quem non fecit culpa nocentem: discretioni vestrae per apostolica scripta mandamus, quatenus per civitatem et episcopatum Cenomanensem faciatis publice nuntiari, ut si qui de hoc ipsum archidiaconum accusare voluerint, eum secundum ordinis (juris ordinem) coram vobis accuset, et si comparuerint, qui de homicidio illum velint impetere, causam convocatis partibus audiatis, et sub. ab. bb. ob. fi. ca. (sublato appellationis obstaculo, debito fine) terminetis. Si vero post manifeste denuntiationem factam, infra XL dies accusator non comparuerit, vel in probatione defecerit, praedicto archidiacono, secundum quantitatem infamiae, qua laborat, purgationem canonicam interponas, et ea praestita et recepta, ipsum nota infamiae, contradictione et appellatione cessante, absolutum publice nuncies, et facias absolutum haberi, ut ex hoc ejus aliquando non possit promotio impediri.

ren und in ihrer Ausbildung verbinden. Daß dieſes Verfahren — welches kein accuſatoriſches war — auch und beſonders gegen Laien ſtatt hatte [105]), iſt bekannt. Seit Innocenz III. iſt aber die Wirkung des Reinigungs-Eides in ſofern beſchränkt, als dieſer nicht mehr die ordentliche inquisitio abzuwenden vermag. Doch kann er in Folge derſelben eintreten, wodurch eine Beziehung auf den Beweis, und nicht mehr blos auf die Frage entſteht, ob eine gegründete Veranlaſſung der Unterſuchung vorhanden ſey [106]). Demnach tritt jetzt nothwendig dieſer Eid in der Eigenſchaft eines Rechtes zurück, indem er mehr innerhalb des Verfahrens, welches von Amtswegen eintreten muß, als eine Pflicht erſcheint, die jedoch erſt dann zur Sprache kommt, wenn nicht anderer Beweis, z. B. durch gültige Zeugen, geführt iſt. Daher konnte auch, wie ſehr die Geiſtlichkeit dem andern Verfahren widerſtrebte, nicht mehr der Einwand anerkannt werden, daß kein eigentlicher Ankläger da ſey und der Pabſt dieſe Thätigkeit mit der des Richters unbefugt verbinde. Innocenz III. beruft ſich dagegen auf ſeine Pflicht von Amtswegen, über der Aufrechthaltung der Disciplin zu wachen, und erklärt zugleich, er wolle die Einleitung der Unterſuchung

---

105) Biener a. a. O. S. 38. ꝛc. gegen Walther's Lehrbuch des Kirchenrechts §. 176.

106) Wenn, wie Biener a. a. O. S. 37. Not. 96. bemerkt, die geiſtlichen Gerichte darnach oft mit Nichtbeobachtung der vorgeſchriebenen Formen der Inquiſition, das bequemere Verfahren mit der Reinigung auf infamia vorgezogen haben, worüber ſo wie über die willkührliche Forderung des Purgatoriums Beſchwerden deutſcher Nation auf dem Reichstage zu Worms geführt wurden, ſo iſt dies ein Mißbrauch, der keine rechtliche Gewohnheit zu bilden vermochte.

bei gegründetem Verdacht, und die Herſtellung eines Beweiſes auch durch Zeugenvernehmung, nicht als eine außerordentliche Maaßregel anwenden (welche als Ausnahme einer beſondern Rechtfertigung bedurft hätte), ſondern es ſolle dieſes Verfahren künftig das regelmäßige ſeyn. Dies wurde anerkannt, und ſo konnte ſich mit Erfolg Niemand auf den Mangel eines Anklägers und auf ſein Anerbieten zum Reinigungs-Eid berufen, um die Vernehmung von Zeugen gegen ſich als unſtatthaft darzuſtellen [107]). Indeß bleibt dennoch das accuſatoriſche Verfahren ſelbſt bei geiſtlichen Gerichten feſtbeſtehen, ja es hat ſogar im beſondern Falle den Vorzug vor der Inquiſition, ſo wie früher vor dem Verfahren auf infamia mit dem Reinigungs-Eid. Aber die Grundſätze des accuſatoriſchen Prozeſſes ſind die römiſchen, und mit dieſen müßte ebenfalls eine geregelte Beweistheorie, den Reinigungs-Eid in ſeiner frühern Anwendung und Wichtigkeit in den Hintergrund ſtellen. Er kömmt jetzt nur ſubſidiär vor, wenn nehmlich die Inquiſition keine Beweiſe geliefert hat, jedoch der Verdacht auch nicht entfernt iſt. Die Ableiſtung des

---

[107]) Vgl. Cap. un. X. ut eccles. benef. und Cap. 10. X. de purgat. canon. aus Innocent. Epistol. II. 63. Intereſſante Beiſpiele des Strebens gegen das Princip der Inquiſition und was damit in Verbindung ſtand, die Beſchränkung des Reinigungs-Eides durch ein geordnetes Beweisverfahren, ſo wie der ſich entgegenſtellenden kräftigen Conſequenz des Papſtes, hat Biener a. a. O. S. 45. ꝛc. geſammelt. Man ſieht, daß es bei dem beginnenden Sittenverderben ſelbſt die Geiſtlichkeit mit dem Eide, der doch hier ſchon die kirchliche, nicht blos wie die urſprünglich germaniſchen die nationale Bedeutung hatte, nicht ſehr ſtreng nahm, wie es denn auch an Beiſpielen von Mißbräuchen aus jener Zeit nicht fehlte. S. oben Note 36. und 54.

auferlegten Eides tilgt denſelben, umgekehrt, die Verweigerung, begründet, was wir jetzt nicht annehmen, die volle Strenge des Geſetzes [108]).

---

[108]) Cap. 19. 21. §. 2. X. de accusat. Cap. 10. X. de purgatione canon. Biener a. a. O. S. 48. ꝛc. Der Inquiſitions-Prozeß wird aber Cap. 32. X. de simonia nicht als persecutio criminalis, ſondern civilis bezeichnet, und ſtellt ſich in ſofern, noch gegen die zuläßige Anklage — jedoch dieſe jetzt mit dem neuern innern Charakter des öffentlichen und eigentlichen Strafrechts — als Ausnahme dar, daß das Reſultat nur bei dieſer, nicht bei jener die Zuerkennung der ordentlichen Strafe ſeyn kann. Dieſe iſt regelmäßig nur Buße und gegen Geiſtliche zugleich eine andere außerordentliche Strafe. S. den bei Biener angeführten Boehmer ad Cap. 24. X. de accus. Not. 98. und Cap. 30. de simonia. Not. 36. Der Beweis macht aber ſtets die Regel, in Ermangelung deſſelben tritt erſt eidliche Reinigung des Verdachts ein. Beſondere Abweichungen von dem gemeinen canoniſchen Rechte, in Anſehung des Verfahrens, finden bei der Ketzer-Inquiſition (inquisitio haereticae pravitatis) ſtatt. Uns intereſſirt hier die ſonſt nicht vorkommende Anwendung der Tortur, womit begreiflich, wie im gemeinen deutſchen Rechte, die eintretende Lücke im Beweis erfahren, ſo ergänzt wird, daß der Reinigungs-Eid ſeltener werden mußte. Biener a. a. O. S. 73. 75. Ueberhaupt aber ſeitdem der Reinigungs-Eid auferlegt wird, hört er auf ein Recht zu ſeyn, auf welches der Verdächtige Anſpruch machen dürfte. Damit iſt denn der alt-germaniſche Geſichtspunkt ganz weggefallen. Wenn nun über die Zuläſſigkeit der eidlichen Purgation das richterliche Ermeſſen, nach ſorgfältiger Prüfung der Umſtände, der Perſon und der Sache entſcheiden müßte, ſo konnten auch die Eideshelfer, wie dies wirklich in der Praxis geſchah, da ohnedem auch deren Verhältniß zu den Angeſchuldigten, von dem urſprünglichen, weſentlich verſchieden war, allmählig abkommen, was jedoch auf die Bedeutung des Reinigungs-Eides ſelbſt entſchiedenen vermindernden Einfluß haben mußte.

III. Dogmen geſchichtlicher und praktiſcher Darſtellung.

Einleitung.

§. 21.

Wir haben bisher kürzlich den Einfluß der Geſetzgebung betrachtet; aber dieſe iſt im Rechte nirgends die einzige Quelle. Anerkannt iſt dieſe Wahrheit, die ſich am einleuchtendſten bei der Prüfung des frühern Rechtszuſtandes der Völker zeigt, jetzt wohl ziemlich allgemein; auch in einer Zeit, wo größere Neigung zum eigentlichen Geſetzgeben und der Ableitung alles Rechts aus derſelben vorherrſcht, vermag dieſe nicht den Einfluß, der auf andern Gründen beruhenden Rechtsanſichten und der Praxis zu hemmen. Gerade bei dem Criminalprozeſſe iſt dieſer aber von beſonderer Bedeutung, und wir haben daher auf die Praxis und Dogmengeſchichten, wie dieſe ſich aus dem vorgefundenen Rechte, anſchließend und erweiternd ergeben, noch beſondere Rückſicht zu nehmen, da ſie für dieſe Lehre eine Quelle ſind, welche an Wichtigkeit der geſetzlichen, im wörtlichſten Sinne, nicht nachſteht; neue Wege prozeſſualiſcher Grundſätze laſſen ſich nur auf dieſem Wege begründen [109]).

---

[109]) Mein Criminal-Prozeß im Grundriß. Königsberg 1826. Vorrede S. VIII. ꝛc. und Biener: Ueber die hiſtoriſche Methode im Criminal-Recht in dem neuern Archiv des Crim. R. X. Bd. 3. Hft. S. 476. ꝛc., welcher auf meine Anſichten billigende Rückſicht genommen hat.

§. 22.

Die italieniſchen Praktiker, zu denen auch die Gloſſatoren zu rechnen ſind, nehmen hier die wichtigſten Stellen ein, aus Gründen, die zu bekannt ſind, um ſie hier zu wiederholen. Sie bereiten den Uebergang zu dem ſpätern einheimiſchen Rechte vor; dann, beſonders nach der Einführung der P. G. O. Carls V., wird die ſpätere Praxis uns beſchäftigen, und zu den letzten Reſultaten des heutigen Rechts in unſerer Lehre den Weg bahnen.

Indeſſen haben wir der frühſten nur remiſſiv zu gedenken. Die civiliſtiſchen Praktiker und Schriftſteller von Bologna behandeln begreiflicher Weiſe nur den im römiſchen Recht in Zuſammenhang vorgefundenen Anklageprozeß [110]). Für Bemerkungen über den Reinigungs-Eid fand ſich keine Veranlaſſung. Es iſt begreiflich, daß, nach der damaligen Trennung der Civiliſten und der Canoniſten, dieſe letztern vorzugsweiſe den Begriff der neuern Verfahrungsweiſe, für das praktiſche Bedürfniß wiſſenſchaftlich bearbeiteten, und ihren Werken verdankt der ſpätere Strafprozeß nicht wenig. Auch das römiſche Recht haben ſie für ihre Zwecke mit in den Kreis der Betrachtung gezogen, was beſonders nach der zweiten Hälfte des dreizehnten Jahrhunders der Fall iſt, wo der Unterſuchungsprozeß praktiſch ausgebildet, allgemein in den weltlichen Gerichten

---

110) Die gründliche Ausführung, über die Ausbildung des Inquiſitions-Prozeſſes, durch die Praktiker ꝛc. bei Biener a. a. O. S. 78. ꝛc. iſt mir hier Muſter geweſen, und wird ſtets in Bezug genommen.

angenommen war und nach dem Zeitbedürfniß bearbeitet wurde. Indem aber jetzt auch Civiliſten dieſes thaten und die römiſchen Grundſätze dem canoniſchen Rechte möglichſt anzupaſſen ſuchten, mußten wieder einige neue Grundſätze aufkommen, welche für die Beweistheorie und die ſeltenere Anwendung des Reinigungs-Eides wichtig wurden. Hieher gehört die Aufnahme der Anzeigen als Gründe der Veranlaſſung einer Unterſuchung und der Tortur, beides in größerer Ausdehnung, als es ſchon erwähnt iſt, und dann mußte bei der Verſchmelzung der canoniſch-rechtlichen Inquiſition mit den Fällen, wo auch das römiſche Recht eine ſolche gebot, oder zu gebieten ſchien, der Gegenſatz zu dem bisher noch als vorherrſchend anerkannten Anklageprozeß, und mit ihm die Folge wegfallen, daß nur letzterer, nicht auch erſtere zur Verurtheilung in die ordentliche Strafe führen könne. Mittelbar hat alles dieſes auf die Beſchränkung des Reinigungs-Eides Einfluß [111]. Hiezu trug beſonders der größere Werth bei, den man auf die Ermittelung und den Beweis des Thatbeſtandes zu legen begann, und die erwähnte größere Bedeutung, welche dem Geſtändniß zugeſchrieben wurde. Allerdings iſt dadurch der Reinigungs-Eid nicht ausgeſchloſſen; im Gegentheil, auf der Grundlage der Indicien, ſo weit dieſe nicht zu einer außerordentlichen Strafe führten, mußte in Ermangelung der Vorausſetzungen der peinlichen Frage, der Reinigungs-Eid immer praktiſche Bedeutung behalten, wenn nicht, was gleichfalls die, jedoch weit ſpätere Praxis zuließ, eine **absolutio ab in-**

---

[111]) Sämmtliche hieher gehörige Schriften hat kritiſch und geſchichtlich betrachtet Biener a. a. O. S. 82. ꝛc.

stantia eintrat[112]. Biener hebt es als eine beſondere Wichtigkeit hervor, daß in Alberti Gandini libellus de maleficiis, der älteſten ſelbſtſtändigen Bearbeitung des Criminal-Rechts, ſich bereits die Anwendung des canoniſchen Reinigungs-Eides vorfinde[113], den auch die ſpäteren Criminaliſten anerkennen.

Deutſche Praktiker vor der Bamb. und P. G. O.

§. 23.

Was die deutſche Praxis anlangt, ſo haben wir nach dem früher Angegebenen, jetzt den Standpunkt ins Auge zu faſſen, wo allmählig römiſches und canoniſches modificirend in das einheimiſche Recht eingriffen, und mit letztern das inquitoriſche Princip, wenn auch zum Theil in der Form des Anklageprozeſſes ſich wirkſam äußerte, deſſen Anfänge ſchon in ſehr früher Zeit zu ſuchen ſind[114]. Der Eid bei dem Beweiſe, ſey es der Anklage, z. B. des Baſirbann, ſey es der Vertheidigung, alſo Reinigungs-Eid, iſt allgemein anerkannt, jedoch von der urſprünglichen hiſtoriſchen Bedeutung abweichend, was hier aber, um nicht zu

---

112) Vgl. Jul. Clari Sententiarum receptarum liber quintus (oder Volumen et Practica criminalis). Qu. 62. v. „forma autem" qu. 68. „scias tamen." Wo, wie nach Clarus Bericht, im Mailändiſchen die Praxis war, den Angeſchuldigten vor der Vernehmung zu vereidigen, da konnte von einem ſpäter anfzulegenden Reinigungs-Eid nicht die Rede ſeyn. S. Biener a. a. O. S. 112—115.

113) Tit. de homicidiis N. 21. Biener a. a. O. S. 94. Clari sent. l. c., wo ſelbſt ein ſuppletoriſcher Eid und eine Delation erwähnt wird.

114) Biener a. a. O. S. 119. ꝛc.

weitläuftig zu werden, nicht weiter ausgeführt werden ſolle [115]). Als Mittelpunkt kann man die Beſtimmungen des Sachſenſpiegels betrachten, der das beſtehende Recht ſeiner Zeit aufgezeichnet enthält, und deſſen Grundſätze auch lange nachher praktiſch ſind, und ſich in andern Landesrechten ſpäterer Zeit wiederholen [116]). Doch kommt hier überall erſt mit minderer, dann größerer Ausdehnung ein ſelbſtſtändiges Beweisverfahren vor, wodurch der noch anerkannte Zweikampf ſeltener wird und der Eid eine beſchränkte und ſubſidiäre Anwendung erfährt. Anzeigen, Berüchtigung und Leumund ꝛc. werden jetzt, zunächſt als Veranlaſſung einer Unterſuchung

---

[115]) Von dem Beſiebnen ſ. z. B. Decretio Childeberti Cap. 7. Es hängt mit der ſich allmählig anders geſtaltenden Anſicht über den Beweis zuſammen, wenn hier, ausnahmsweiſe bei dem Diebſtahl, unter den Schwörenden, daß Jemand das Verbrechen verübt habe, bereits wirkliche Zeugen verſtanden werden, deren Ausſage auch ſo fort zur Verurtheilung hinreichen ſoll. Vergl. Biener a. a. O. S. 130. Rogge a. a. O. S. 234. Schon der Bamberg. Art. 273. unterſagt das Beſiebnen als einen Mißbrauch.

[116]) In vielen Stellen wird des Eides, zum Beweis in Civil- und Criminalſachen zum Zweck der Anklage oder der Vertheidigung gedacht; doch oft ſo, daß er durch die Möglichkeit eines anderweitigen Beweiſes ausgeſchloſſen wird. S. z. B. Buch I. Art. 13. 15. Buch III. Art. 11. 32. Für ſtrafrechtliche Beziehungen insbeſondere Buch I. Art. 39. 63. 64. 66. 70. Buch II. Art. 4. 17. 19. 22. 34. 36. 65. 72. Buch III. Art. 48. 54. 88. 98. Vgl. Art. 33. Zu bemerken iſt hierbei, theils das verhältnißmäßige Uebergewicht der Beſchuldigung, theils die jetzt häufiger vorkommenden Fälle, wo der Angeklagte oder Beſchuldigte allein, ohne Eideshelfer mit Erfolg zum Schwur gelaſſen wird; wodurch ſich der Uebergang zu der ſpätern Praxis einfach gemacht hat. Peinliche Frage kommt hier noch nicht vor, I. 63. wenn man nicht die Ordalien, die noch beſchränkt ſtatt finden, dafür gelten laſſen will.

betrachtet, dann auch als Mittel des Beweiſes, der jedoch einer Vervollſtändigung bedarf, als deren, den Zeitanſichten über Gottesurtheil ſich wenigſtens einigermaßen anſchließendes Mittel, ſich die Tortur, die man aus dem römiſchen Rechte aufnahm, darbot. In dieſem Sinne ſind die Darſtellungen des Verfahrens in Ulrich Tengler's Laienſpiegel (1509) und in Sebaſtian Brant's richterlichem Klageſpiegel (1516) abgefaßt. Vollendet wurde aber erſt das Beweisſyſtem durch die Bamberger und durch Carl's V. P. G. O. Im Falle einer Anſchuldigung (Rüge), ohne daß ein Ankläger auftrat, war der Reinigungs-Eid ſchon früh nicht mehr Recht, ſondern Pflicht, widrigenfalls die Schuld angenommen wurde [117]). An dieſe, nur in dem beginnenden Unterſuchungsprozeß mögliche Präſumtion, ſchloß ſich aber bald das oben erwähnte Streben, dem Leugner, für ſich allein und mit Eid, weniger Raum zu laſſen, indem theils der Beweis der That erleichtert wurde, ſo daß das Ergreifen auf offener That, auch ohne Beſiebnen hinreichte, und daß auch eine geringere Zahl untadelhafter Zeugen zur Ueberführung genügten [118]); theils und beſonders aber indem von nun an, das Geſtändniß, welches von jeher den Beweis, wenn auch nicht der Schuld, doch die formelle Anerkennung der zu leiſtenden Genugthuung enthielt [119]),

---

[117]) Cap. Car. Calvi Tit. 45. N. 3. 7.

[118]) Dieſe Ausnahme von dem frühern Rechte, deſſen Unzulänglichkeit man einzuſehen begann, machen zu dürfen, erlangten manche Städte eigne Privilegien. Malblank's Geſch. der P. G. O. S. 74. Biener a. a. O. S. 138.

[119]) Dagegen trat jetzt ſchon, wenn das Bekenntniß verweigert würde — die amtliche Bemühung ein, eine Ueberführung

das Hauptziel würden, deſſen Erreichung, mit Hülfe der Folter, Gegenſtand der richterlichen Thätigkeit wurden.

Die Bamb. und die C. C. C. — Deren Beweisſyſtem.

§. 24.

Die Bambergiſche Halsgerichtsordnung darf nebſt den auf ihrer Grundlage entworfenen andern Landesgeſetzen und den Projekten der Carolina, mit dieſer letztern ſelbſt, für unſern Zweck zuſammengeſtellt, und dieſe zum Mittelpunkt der weiteren Betrachtung gemacht werden. Es iſt bekannt, daß ſie zwar den Anklageprozeß als beſtehende Form des Verfahrens überall anerkennt, ja hauptſächlich von derſelben handelt, daß jedoch ſelbſt in dieſer Form bereits das Princip herrſcht, welches das Unterſuchungs-Verfahren und das hier oft erwähnte: „Annehmen der Uebelthäter, Klagen und Strafen von Amtswegen" charakteriſirt. Nicht minder anerkannt iſt es, daß dieſe Geſetzgebungen, oder vielmehr der Hauptſache nach, Rechtsaufzeichnun-

---

herzuſtellen. So ſagt der Sachſenſpiegel Buch I. Art. 63. (vgl. oben Not. 116.) „Will er es bekennen, das iſt mir lieb; und bekennt er es nicht, will ich es ihm beweiſen mit allem Rechte. — Buch II. Art. 3. a. E." „Umb alle andere Sachen, da man den Mann umb beſchuldiget, ſol er antworten zu Hand und bekennen oder leugnen." Es iſt aber auch bereits früher erinnert worden, daß, ſo bald das Geſtändniß nicht mehr blos formell, ſondern materiell in Betracht kam, wie es jetzt nothwendig der Fall iſt, auch daſſelbe für ſich allein noch nicht zur Verurtheilung hinreicht, ſondern eine weitere Thätigkeit, theils auf Herſtellung der Glaubwürdigkeit deſſelben in ſich, und eine ſorgfältige Prüfung eintritt, theils die Herſtellung der übrigen Merkmale des Thatbeſtandes, nach allen Seiten hin, Gegenſtand der weitern Unterſuchung wird, um einen möglichſt vollſtändigen Beweis der Wahrheit zu erlangen.

gen, ſich im Weſentlichen auf beſtehendes Recht, Herkommen und Gebrauch gründen, in welcher Geſtalt aber auch römiſches Recht, und zum Theil canoniſches, als längſt recipirte, und in die einheimiſche Praxis übergegangen, vorkommen [120]).

Gerade der Theil des Rechts, auf deſſen Bearbeitung verhältnißmäßig die größte Sorgfalt verwendet iſt — nehmlich das Beweisverfahren und die Lehre von den Vorausſetzungen eines verurtheilenden Erkenntniſſes — iſt es, der uns hier am meiſten intereſſirt. Im Ganzen iſt zwar auch hier nur eine Beſtätigung der durch eine beſſere Praxis längſt anerkannten Grundſätze, wie ſie namentlich von den Rechtsgelehrten im Gegenſatz der ungelehrten Schöppen und Urtheiler, für die das Werk zunächſt beſtimmt war, geltend gemacht wurden; allein das entſchiednere Ausſprechen derſelben mußte um ſo mehr beitragen, die Reſte des eigenthümlich deutſchen Beweisverfahrens zu verdrängen, oder ſie der römiſchen Beweistheorie, die jetzt die Grundlage ausmacht, möglichſt anzuſchließen, wiewohl die Arbeit in dieſem Gebiete, wie in andern des Criminal-Rechts hauptſächlich der wiſſenſchaftlichen Fortbildung vorbehalten blieb, welcher auch durch dieſe Geſetzgebung durchaus keine Schranke geſetzt wurde [121]). Allein eben dieſe Verbin-

---

[120]) Malblank Geſch. der P. G. O. §. 31. ꝛc. Henke a. a. O. Th. II. S. 1. ꝛc. Mein Syſtem der Crim. R. W. Vorrede P. VIII. ꝛc. Meine Unterſuchungen aus dem Gebiet der Str. R. W. S. 333. ꝛc. Biener a. a. O. S. 149. 151.

[121]) Mehr darüber habe ich unter andern in den (Erlanger) Jahrbüchern der juriſtiſchen Literatur. Bd. XIV. Heft 1. S. 1. ꝛc. bemerkt.

dung der verſchiedenen Principien des römiſchen und des einheimiſchen Rechts durch Praxis und dogmatiſche Aus- und Verbildung, mußte nothwendig eine ſo bedeutende Abweichung von beiden Elementen zur Folge haben, daß keiner derſelben in ſeiner Reinheit mehr erſcheint, und hierauf beruht die Eigenthümlichkeit der neuen Beweistheorie, als deren Schlußſtein und Stützpunkt bekanntlich die Folter erſcheint, deren Aufhebung in dem neuen haltloſen Syſtem alle frühere Zweifel mit neuen Controverſen vermehrt hat, da man zu den eigenthümlich deutſchen Grundſätzen begreiflicher Weiſe — bei gänzlich veränderten nationalen, politiſchen und hiſtoriſchen Verhältniſſen — nicht mehr zurückkehren konnte, und doch auch Bedenken getragen hat, die römiſchen Principien, namentlich über die Wirkungen des Anzeigebeweiſes anzunehmen [122]). Wir deuten in Fol-

---

[122]) S. darüber Biener a. a. O. S. 155. ꝛc., der ſich wie viele Andere dafür erklärt, daß durch Aufhebung der Folter, der ganze Art. 22. ſeine Wirkſamkeit verloren habe, und daher die ſubſidiäre Anwendbarkeit des römiſchen Rechts wieder begründet ſey. Bekanntlich ſuchen Praxis und neuere Geſetzgebungen durch eine ſ. g. außerordentliche Strafe die Lücke, welche ſeitdem entſtanden iſt, auszufüllen — was ſich aber wohl nicht rechtfertigen läßt. Conſequenter ſind zwar die neueſten Geſetzgebungen und Verordnungen, welche, wie die baieriſchen, hannöveriſchen ꝛc. die außerordentliche Strafe verwerfend, die zuſammentreffenden Anzeigen zur Begründung eines vollen Beweiſes für genügſam erklären. Dennoch kehrt die (faſt nothwendige) Inconſequenz auf einem andern Wege wieder zurück, indem darnach ſolcher volle Beweis nicht ſtets die ordentliche Strafe, wie es ſonſt der Fall iſt, zur Folge haben, namentlich die Todesſtrafe ausgeſchloſſen iſt, wodurch daſſelbe Reſultat entſteht, wie nach dem Richter, welcher die außerordentliche Strafe unter jener Vorausſetzung zu laſſen, aber gleichfalls und natürlich — die Todesſtrafe unter andern nicht zulaſſen, wie die Preuß. Crim. Ordn. §. 405 — 108. S. die dritte Abhandlung.

gendem die Grundzüge der Beweiſtheorie des neuen Geſetzbuchs an, um daran die Bemerkungen über den Reinigungs-Eid anzureihen, doch beſchränkt ſich unſere Darſtellung auf das, was Anknüpfungspunkte darbietet.

Die Vorausſetzungen einer endlichen Verurtheilung ſind „eigen bekenntniß oder bewaiſung", wogegen Anzeigen und was durch die Ausdrücke Argwohn, Verdacht ꝛc. ausgedrückt wird, nur zur peinlichen Frage führen ſollen [123]), und auch dieſes nicht unbedingt, ſondern nur unter beſtimmten erwieſenen Vorausſetzungen und eines gewiſſen äußerlich abgemeſſenen (freilich in ſich auch mangelhaften) Grades der dadurch begründeten Wahrſcheinlichkeit, welche nehmlich wenigſtens einen ſ. g. halben Beweis bilden ſollten [124]). Beſtimmungen, die von einer fehlerhaften Praxis vielfach außer Acht gelaſſen wurden, wodurch das ohnedem unſichere Mittel der Tortur die Quelle furchtbarer Mißbräuche wurde. Auf Erzielung des Bekenntniſſes wurde, wie öfters bemerkt iſt, vorzugsweiſe hingewirkt, ſo daß z. B. noch die Bambergenſis Art. 80. ſelbſt bei vorhandenem Zeugenbeweis die Anwendung der peinlichen Frage verordnet. Unter Vorausſetzung der Zuläßigkeit der Folter, würde dieſer Beſtimmung ein richtiger Sinn nicht abgeſprochen werden können, wenn nehmlich der Zeugenbeweis, deſſen Glaubwürdigkeit durch ein gehörig motivirtes Geſtändniß beſtätigt wird, der aber für ſich

---

[123]) P. G. O. Art. 16. 22. Vgl. mit Art. 19. Bamb. H. G. O. Art. 23. 29. Vgl. mit Art. 27.

[124]) P. G. O. Art. 30. Vgl. mit Art. 23. Bamb. H. G. O. Art. 37. Vgl. mit Art. 30.

als unzulänglich erſchien, nun auch, nach überſtandener Folter, keine ſichere Kraft hatte haben ſollen, obwohl dann allerdings wieder eine bedenkliche Lücke und ein ganz anderes Verhältniß ſtattfand, als in den Fällen, wo nur Indicien vorhanden, dieſe aber durch die Ueberſtehung der peinlichen Frage, ohne daß ein Bekenntniß erfolgt, rechtlich getilgt waren. Die Bambergenſis iſt aber, um der Conſequenz willen, die in einem Syſtem ſichtbar iſt, deſſen Haltung auf der Anwendung der Tortur beruht, in dieſem Punkte inconſequent, indem auch nach vergeblicher Bemühung das Geſtändniß peinlich zu erfragen, dennoch jener anfänglich, als ungenügend erſcheinende Zeugenbeweis, zur Verurtheilung hinreichen ſoll [125]). Die Carolina hat von ihrem Standpunkt aus mit Recht in dem entſprechenden Art. 69., bei dem Daſeyn eines hinlänglichen Zeugenbeweiſes die Folter unterſagt, und dieſem die erforderliche Kraft beigelegt, nachdem das erſte Projekt ſich begnügt hatte, jenen Artikel des Entwurfes wegzulaſſen [126]).

Was

---

[125]) Biener a. a. O. S. 154. ꝛc.

[126]) B. H. G. O. „Item ſo der beklagt nach genugſamer beweyſung noch nit bekennen wöllte, ſol er alßdann vor der verurtylung mit peynlicher frage voyter angezogen werden, mit anzeygung, daß er der miſſethat überwieſen ſey, ob man dadurch ſein bekenntnuß deſte er auch erlangen möcht: ob er aber nicht bekennen wilt, daß er doch (als obſtet) gnugſam bewiſen ware, ſo ſolt er nichts deſter veniger der beweyſter miſſetat nach verurtheilt werden.“ P. G. O. Art. 69. „Item ſo der beklagt, nach genugſamer beweyſung noch nit bekennen wolt, ſoll ihm angezeygt werden, daß er der miſſethatt bewieſen ſey, ob man dadurch ſein bekenntnuß deſter er auch erlangen kundt, ob er aber dannocht darůber nochmals nit bekennen wollte, das er doch, als obſtebt, gnugſam bewiſen war, ſo ſolt er nicht deſtweniger der

Was die Anzeigen insbeſondere betrifft, deren Wichtigkeit auch bei dem Purgatorium einleuchtend iſt, ſo iſt hier noch beſonders hervorzuheben, daß ſie, was man auch bei dem Reinigungs-Eid angenommen hat, nicht unmittelbar zur Folter führen ſollten, ſondern erſt auf den Grund eines ſie für genügend erkennenden Urtheils oder einer Rechtsbelehrung auf ergangene Anfrage [127]), weshalb man auch eine eigne Vertheidigung zur Abwartung dieſes Mittels geſtattete; und ferner, daß, nach dem Vorgang der damaligen Praxis, die Anwendung der peinlichen Frage, die Gewißheit vorausſetzt, daß die That, deren Urheber ermittelt werden ſoll, wirklich geſchehen ſey [128]). Hiemit hängt die Beſtimmung zuſammen, daß, wenn ohne genügende Anzeigen, gegen das Verbot, peinlich gefragt, und dadurch ein Geſtändniß erlangt wäre, dieſes „nicht geglaubt, noch jemandes darauf verurtheylt werden ſoll", wie die Bamb. hinzuſetzt, „wann das wider das Recht wäre" [129]).

---

bewuſten miſſethatt nach, on eynich peinlich frage verurtheilt werden."

[127]) S. Not. 123. 124. und P. G. O. Art. 6. 7. Bamb. H. G. O. Art. 10. 11.

[128]) Biener a. a. O. S. 159. Not. 30. erinnert hier mit Grund an L. 22. D. de quaestionibus (48. 18.) und L. 1. §. 24. D. de Scto Silaniano (29. 5.). Ulp. — „Item illud sciendum est, nisi constet aliquem occisum esse, non haberi de familia quaestionem; liquere igitur debet, scelere interemtum, ut senatusconsulto locus sit."

[129]) P. G. O. Art. 20. Bamb. H. G. O. Art. 28. Biener a. a. O. S. 189. Not. 31. leitet dieſen Satz aus dem kanoniſchen Rechte her, wonach Zeugenausſagen über Vergehen, wegen welcher keine infamia exiſtirt, nicht berückſichtigt werden dürfen. Die Analogie iſt einleuchtend, doch iſt nicht zu überſehen, daß dort die Rede iſt von der Frage, ob überhaupt eine Unter-

War die Einführung oder Beibehaltung des Reinigungs-Eides durch die Praxis wirklich Bedürfniß?

§. 25.

Dieſe Vorerinnerung über das Beweisſyſtem der P. G. O. ſchien nothwendig, um die Stelle zu beſtimmen, welche der Reinigungs-Eid innerhalb deſſelben einnimmt. Das Geſetz erwähnt nehmlich dieſes Eides nirgends, und es könnte ſonach die Frage nach der Berichtigung der Praxis entſtehen, welche dieſelbe aus andern Quellen aufgenommen hat. Faßt man den Zweck des neuen Werkes richtig auf, welcher keineswegs auf eine erſchöpfende Darſtellung in allen Theilen des Strafrechts und des Verfahrens und auf Feſtſetzung ganz neuer Beſtimmungen ging, berückſichtigt man demnach das Verhältniß zu dem Herkommen und den Hülfsrechten, ſo wird man auf jene Uebergehung nicht ein ſolches Gewicht legen, um daraus die Unzuläßigkeit des Purgatoriums zu begründen. Bekanntlich werden nicht wenige in der P. G. O. übergangene Lehren aus andern Quellen ergänzt. Wichtiger iſt die Frage, ob das Beweisſyſtem in ſich ſo geſchloſſen ſey, daß ein praktiſches Bedürfniß zu einer ſolchen Ergänzung gar nicht einzutreten ſchiene? Wir dürfen uns durch den Umſtand, daß die damalige und ſpätere Praxis dieſe Frage bejahend entſchieden hat, nicht abhalten laſſen, ſie einer nähern Prüfung zu unterwerfen. Dabei iſt nochmals der Art des Verfahrens zu gedenken. Die regel-

---

ſuchung eintreten ſolle, hier aber wenigſtens außerdem noch vor der Frage, unter welchen Vorausſetzungen bei bereits eingeleiteter Unterſuchung, ohne Anzeigen ein Geſtändniß glaubhaft ſey.

mäßige Form iſt der Anklageprozeß. Mit dieſem, ſo fern jetzt wieder hauptſächlich das römiſche Recht die Grundlage macht, iſt der Reinigungs-Eid unverträglich [130]) Der Ankläger, der auch nach der P. G. O. ſich manchen Beſchränkungen unterwerfen muß, als Caution, Bürgſchaft, ſelbſt gefänglicher Haft [131]), kann und ſoll nicht ohne hinlänglichen Grund, und ohne die Möglichkeit eines zu führenden Beweiſes auftreten. Man könnte demnach annehmen, daß, wo er nicht gehörigen Beweis zu liefern, nicht ein freiwilliges Geſtändniß zu bewirken vermag, wo er nicht wenigſtens ſolchen Grad des Verdachts und der Wahrſcheinlichkeit zu bekunden im Stande iſt, welcher die Anwendung der peinlichen Frage rechtfertigte, daß, wenn alſo die günſtigen Vorausſetzungen vorhanden wären, welche überhaupt den Eid des Angeklagten zuließen [132]), der Kläger ſachfällig werden müſſe, indem ihm ſein Beweis mißlungen wäre, und es wäre dann eben ſo unrecht gegen den Angeklagten, gegen

---

[130]) S. oben Not. 8. 30.

[131]) Dieſe beziehen ſich hauptſächlich auf die Fälle wo der Angeklagte verhaftet werden ſoll, P. G. O. Art. 11—14., womit die Beſtimmungen über die dem Gekränkten zu leiſtende Genugthuung in Verbindung ſtehen.

[132]) Daß für den Angeſchuldigten günſtige Vorausſetzungen, und namentlich das Vertrauen, ohne welches eine ſo wichtige Handlung, wie ein Eid, in eigner, und zwar in einer Criminalſache, gar nicht ſtatt finden könnte, vorhanden ſeyn müſſen, alſo gerade das Gegentheil der Bedingungen der peinlichen Frage. Daß ſowohl nach dem Zweck, als dem Erfolg, hier nicht von dem Mittel der Erlangung eines Geſtändniſſes, nicht von einer ſ. g. geiſtigen Tortur die Rede ſey, habe ich ſchon in meinem Criminal-Recht §. 115. Note 29. geſagt, und hoffe es jetzt beſtimmter zu zeigen.

welchen nicht einmal gehörige Indicien nachgewieſen ſind, einen Reinigungs-Eid von ihm zu fordern, als umgekehrt, wenn wirklich begründeter Verdacht da wäre, deſſen Bewahrheitung hervorgebracht werden ſoll, und eine dem Recht und dem Intereſſe des Anklägers gefährliche und widerſprechende Maaßregel ſeyn würde, einen Reinigungs-Eid zuzulaſſen, deſſen regelmäßiges Reſultat die Freiſprechung des Angeklagten iſt [133]. Die neuere Anſicht einer geiſtigen Tortur iſt, wie bisher gezeigt worden, unhiſtoriſch; aber daß ſie auch in ſich ſelbſt ohne Haltung ſey, wird ſich ſpäter zeigen laſſen. Wollte man alſo auch annehmen, daß bei vorhandenem Verdachte, der jedoch zur eigentlichen Tortur nicht hinlänglich iſt, der Ankläger die Anwendung der ſ. g. geiſtigen Tortur fordern dürfte, ſo ſteht dieſem ſein Intereſſe entgegen, und eben ſo das Recht des Gegners [134].

[133]) Dann, wie die Erfahrung lehrt, wird der Eid geſchworen, und der Verdacht dadurch getilgt. Von dem Schuldloſen, mit gutem Gewiſſen, von dem Schuldigen, häufig; weil er, der bisher und mit ſo gutem Erfolg leugnete, meiſt kein Bedenken trägt, um der Strafe zu entgehen, zu frühern Freveln, einen neuen hinzuzufügen, worin eben der Grund liegt, weshalb die meiſten neuern Geſetzgebungen dieſen Eid nicht mehr geſtatten.

[134]) In der Not. 132. angeführten Stelle iſt auch bemerkt, daß, wenn es zur Anwendung dieſer geiſtigen Tortur kommt, die Sache ſchon ſo entſchieden ſey, wie ſie das direkte Gegentheil der Anwendung der peinlichen Frage iſt, deren Reſultat meiſt ein Geſtändniß iſt, dem übrigens als ſolchen nicht geglaubt wird. Nur die Forderung des Eides könnte einen Zwang enthalten, deſſen Wirkung dann die Nichtableiſtung wäre, deren Folgen doch wieder nicht unbedingt, — die Annahme eines ſtillſchweigenden Bekenntniſſes ſeyn darf. — Uebrigens iſt es richtig, daß die

Insbeſondere im Unterſuchungs-Verfahren.

§. 26.

Anders verhält es ſich mit dem Unterſuchungsverfahren. Zwar ſoll eine Unterſuchung von Amtswegen nicht ohne hinreichende Gründe begonnen werden [135]), ſo daß im Allgemeinen dieſelben Vorausſetzungen bei den ſ. g. „Klagen von Amtswegen", wie bei der andern Anklage gelten; allein die volle Strenge dieſer Principien läßt ſich nicht mit dem Verfahren vereinigen, deſſen Zweck überhaupt die dem Richter obliegende Ausmittelung der Wahrheit iſt. Zwar iſt auch dieſer zur Genugthuung des ungerecht Verfolgten verpflichtet [136]), aber der Fall, wo im Unterſuchungsverfahren jemand freigeſprochen wird, iſt rückſichtlich der dem Richter möglicherweiſe beizumeſſenden Schuld nicht ganz dem eines ungerechten Anklägers entſprechend. Das Daſeyn des Verdachts gegen eine Perſon, unter der Vorausſetzung, daß die Exiſtenz der verübten That unzweifelhaft ſey [137]), begründet die Nothwendigkeit einer Unterſuchung in einem ganz andern Sinne, als die einer Anklage, zu der ſich Niemand ohne Zuverſicht der Durchführung entſchließen ſoll, und dies um ſo weniger, als

---

Lage des Anklägers, der keinen Beweis, im weiteſten Sinne, liefern konnte, nicht ſchlimmer wird, wenn der Angeklagte nach dem Schwur, als wenn er ohne ſolchen freigeſprochen wird, und er mag allenfalls auf die Verweigerung des Eides rechnen; allein ob er dieſes darf, iſt wieder eine andere Frage.

[135]) P. G. O. Art. 6. 12. Bamb. H. G. O. Art. 10.

[136]) P. G. O. Art. 6. 12. 13. 61. a. E. Bamb. Art. 10. 19. 20. 73.

[137]) S. Not. 126. 128. und Art. 6.

nach dem Standpunkte des Rechts jener Zeit, ohnerachtet des als Regel aufgeſtellten Anklageverfahrens, doch materiell ſich das inquiſitoriſche Princip ſo überwiegend zeigt, daß das Bedürfniß zu erſterem minder groß erſcheint, wie es dann ſpäter faſt ganz wegfällt. So wie nun der dringende Verdacht ein Verfahren erfordert, ſo bildet ſich allmählig die Anſicht (die ſich z. B. auch noch jetzt rückſichtlich der Verurtheilung in die Koſten geltend macht), daß auch zu einem Verdacht gegen ſich ſelbſt nur Veranlaſſung gegeben zu haben eine Art Schuld ſey, von der ſich der Verdächtige zu reinigen habe, wenn er es vermag, wozu ihm die Unterſuchung Gelegenheit giebt, worauf er ſogar ein Recht hat, aber deren Folgen er auch ſich unterwerfen muß [138]. Gegen Mißbrauch des Richters ſichert unter andern [139] auch der mit dem Unterſuchungsverfahren aufgenommene Unterſchied des vorbereitenden und des Haupt-Verfahrens, oder der General- und der Special-Inquiſition, welche letztere nur unter beſtimmten Vorausſetzungen zuläßig iſt, deren Prüfung dem Richter obliegt, in welcher Hinſicht nach der Praxis oft ein Urtheil, und dem gemäß auch eine recht-

---

[138]) Dieſes ſagt ſchon die P. G. O. Art. 61.: — „wann man ſoll ſich nach der ſag der recht nit alleyn vor volbringung der übelthat, ſondern auch vor aller geſtaltnüß des übels, ſo böſen leumut oder anzeygen der miſſethatt machen, hütten und vor das nit thatt, der würde deshalb gemelter ſeiner beſchwerd ſelbs urſach ſein.“ — Vgl. Bamb. H. G. O. Art. 73.

[139]) Nehmlich abgeſehen von der Sicherheit, welche in der vorausgeſetzten Rechtſchaffenheit des Richters und in der Geſinnung, die denſelben beſeelen ſoll, enthalten iſt, oder ſeyn ſollte. P. G. O. Art. 1. 150. a. E. Bamb. H. G. O. Art. 1. 175. a. E. Mein Crim. Proz. Vorrede S. XIV—XXI.

liche Vertheidigung ſtatt findet. Iſt auch dieſe erkannt, ſo läßt ſich zwar noch immer die Möglichkeit der Nichtſchuld des Verdächtigen denken, aber nicht leicht eine Frivolität der Einleitung des Verfahrens.

Wirkungen der Indicien.

§. 27.

Setzen wir nun die Beſtimmungen über den Beweis, oder die dem Richter obliegende Verpflichtung die Wahrheit auszumitteln, in Verbindung mit der Lehre vom Urtheil. Das verurtheilende Erkenntniß ſetzt Geſtändniß oder Beweiſung voraus[140]). Das losſprechende würde in allen Fällen eintreten müſſen, wo weder dieſes, noch jene vorhanden wären, alſo wenn entweder die Unſchuld ſelbſt erhellt, oder ſolche Umſtände beigebracht waren, welche den Urheber ſelbſt von der bekannten That entſchuldigen möchten[141]), oder wenn überhaupt auch ohne ſeinen Vertheidigungsbeweis nirgends ein Anſchuldigungsbeweis ſtatt fanden. Hier bleibt aber ein in der Mitte ſtehender Fall übrig, wenn nehmlich ſolche Anzeigen und Verdachtsgründe vorhanden ſind, welche, indem ſie an ſich niemals die Gewißheit der Schuld begründen können, aber auch ſo lange ſie beſtehen, ein Hinderniß ſind, der Behauptung der Nichtſchuld Glauben beizumeſſen, es nothwendig machen, entweder den Verdacht zur Wahrheit — für oder wider — der Schuld oder des Gegentheils zu erheben, — und zwar muß dieſes verſucht, und ſo lange es möglich ſcheint, das Endurtheil aufgeſchoben werden,

[140]) S. oben Not. 126. und P. G. O. Art. 22. 61. 15.

[141]) P. G. O. Art. 13. 61. Bamb. H. G. O. Art. 20. 73.

aber, wenn dies nicht möglich iſt, wenigſtens für den Augenblick nicht, ſo iſt ein gleichfalls die Mitte zwiſchen der Verurtheilung und Freiſprechung haltendes Urtheil zu fällen. Beide Auswege ſind durch das Geſetz und den Gerichtsgebrauch anerkannt. Dem erſten Fall nehmlich entſpricht die Anwendung der Folter, unter den öfters gedachten Vorausſetzungen, deren Reſultat dann entweder ein Bekenntniß iſt, oder die Tilgung der Anzeigen, ſo daß nun wieder die erſte Alternative eintritt [142]). Dem andern Fall entſpricht die Losſprechung von der Inſtanz. Man hätte ſich damit begnügen können, aber abgeſehen davon, daß dieſe letztere Art des Urtheils ſchon früh Gegner fand [143]), und daß man einen der Anwendung der Folter entſprechenden Ausweg ſuchte, um auch in ſolchen Fällen, wo dieſe unſtatthaft war, ein endliches verurtheilendes oder losſprechendes Erkenntniß fällen zu können — mußten doch Fälle genug vorkommen, welche, indem ſie entweder die peinliche Frage ausſchloſſen, oder wo dieſelbe kein Geſtändniß herbeiführte, Bedenken erregten, eine gänzliche oder vorläufige Freiſprechung eintreten zu laſſen. Mit dem allmähligen Verſchwinden des Anklage- und der größern Ausbreitung des Unterſuchungs-Verfahrens, ſchien das Bedürfniß dringender zu werden. Die Praxis glaubte nun ein befriedigendes Auskunftsmittel in dem Reinigungs-Eid zu haben; ſpäter, beſonders bei der Beſchränkung, endlich der Aufhebung der Folter, hat man einen jenem Falle des Zweifels entſprechende, eben ſo zweifelhaften

---

142) P. G. O. Art. 61. Bamb. Art. 73.

143) Matthaeus de criminibus. Lib. 48. Tit. 16. Cap. 4. N. 16. Tit. 17. Cap. 2. N. 3.

Ausweg, in der Fällung eines Urtheils auf außerordentliche Strafe einſchlagen zu dürfen oder müſſen geglaubt [144]). Und ſo ſtehen denn jetzt nach gemeiner Praxis in der That als ſolche Mittel-Urtheile, unter verſchiedenen, nicht unbeſtrittenen Vorausſetzungen, dieſe drei Formeln: außerordentliche Strafe, Reinigungs-Eid, Entlaſſung von der Inſtanz, neben einander.

Neue Stellung des Reinigungs-Eides im Syſtem.

§. 28.

Vom Reinigungs-Eide allein ſprechen wir noch weiter.

So wie die P. G. O. nebſt ihren Vorgängern, die Bamberger und die Brandenburgiſche H. G. O. ſich vielfach an das hergebrachte Recht anſchloß, ſo mußte dies in gleichem Grade bei der Praxis nach der Einführung derſelben der Fall ſeyn; zumal da ſich bekanntlich anfangs ſo viel Widerſtreben gegen das neue Werk äußerte, zu Folge deſſen man bei der herkömmlichen Praxis ſtehen blieb. Indem nun, wie gezeigt wurde, bei der Art, wie das Geſetz den Verdacht und die Indicien behandelt, eine Lücke für manche Fälle fühlbar ward, und man dieſelbe durch Auffaſſung des geſetzlichen Beweisſyſtems, als eines in ſich geſchloſſenen Ganzen nicht glaubte ergänzen zu können, hielt man für nöthig, ſich nach andern, außer dem neuen Werke ſich darbietenden Hülfsmitteln umzuſehen. Der Reinigungs-Eid

---

[144]) Mehr über das Unlogiſche dieſes Urtheils habe ich bemerkt in den (Erlanger) Jahrbüchern der juriſt. Literatur. Bd. VII. Hft. 3. S. 298—307. und XI. Hft. 2. S. 133. ꝛc. 154. ꝛc.

hatte aber, in einer Zeit wo das, was in unſern Tagen Metaphyſik des Prozeſſes genannt wird, noch nicht vorkommt — ſonſt würde auch die Verwerflichkeit der Folter anerkannt worden ſeyn — theils die bisherige Praxis für ſich, theils ließ er ſich durch die in andern Fällen ſo gewöhnliche Berufung auf die Hülfsrechte vertheidigen. Zwar ſind hierunter, beſonders unter dem gemeinen kaiſerlichen Rechte, vorzugsweiſe die Beſtimmungen des römiſchen Rechts zu verſtehen, und das canoniſche Recht iſt von untergeordnetem Einfluße; allein gänzlich ausgeſchloſſen konnte dieſer, nach dem politiſchen und religiöſen Charakter des Zeitalters durchaus nicht werden [145]). Das etwanige Bedenken, einem Verdächtigen die Ableiſtung eines Eides in ſeinem eignen Intereſſe zu geſtatten, konnte vielleicht auch dadurch beſeitigt werden, daß die P. G. O. ſelbſt gleich ihren Vorgängern auch hierin dem Herkommen folgend, und durch Praxis weiter ausgebildet, den Eid bei ſelbſt überführten oder geſtändigen Verbrechern, freilich in einer andern Sache, als die Frage über Schuld oder Nichtſchuld zuläßt und ſogar fordert, nehmlich bei der Urfehde [146]). Wie verſchieden auch dieſer Eid — ſich nicht an dem Gericht zu rühmen — oder von der Verweiſung nicht zurückzukehren, von dem Reinigungs-Eid ſeyn möge — das hier in Betracht kommende gemeinſchaftliche Merkmal iſt das einem Verdächtigen oder Verbrecher bewieſene Vertrauen

---

[145]) C. A. Tittmann de causis autoritatis juris canonici in jure criminali Germanico propriis. in Martin. Collectio Diss. Nro. III. b. IV. §. 4.

[146]) P. G. O. Art. 108. Bamb. H. G. O. Art. 129.

auf ſeine religiöſe Geſinnung, wie denn auch die Verletzung des Urfehde-Schwurs — abgeſehen von der ſonſt noch möglicherweiſe verwirkten Strafe — der z. B. zur Racheübung begangnen Verbrechen — gleich der Verletzung der Eidespflicht in andern Fällen geahndet werden ſoll [147]). Es ergiebt ſich aber aus dieſer Parallele, daß, wenn überhaupt ein Vertrauen auf eine Geſinnung der Heilighaltung des Eides ſtatt findet, ohne welches dieſelbe unmöglich vernünftigerweiſe hätte gefordert werden können, nicht das Mißtrauen das Princip ſeyn kann, welches man ſpäter der Anwendung des Purgatoriums untergelegt hat. Alſo auch hiernach iſt die Anſicht einer geiſtigen Tortur ohne Rechtfertigung, und die weit ſpäter entſtandene Volksmeinung, daß der Reinigungs-Eid der Ehre des Schwörenden nachtheilig ſey, iſt weder hiſtoriſch, noch für dieſe Zeit praktiſch begründet.

Eine bedeutendere Stütze fand aber die Anwendung des Reinigungs-Eides beſonders darin, daß frühere und auch ſolche Reichsgeſetze, welche innerhalb der Zeit zwiſchen der Abfaſſung der Projekte und der Einführung der P. G. O. erlaſſen wurden, denſelben anerkennen und gebieten [148]).

---

[147]) P. G. O. Art. 107. Bamb. Art. 128.

[148]) Abſchied des Reichstages zu Trier und Cölln, Anno 1512 aufgerichtet. Tit. IV. §. 6. a. E. Hier heißt es zuerſt von dem Falle, wo Jemand wegen Gewaltthätigkeiten ꝛc. angeklagt wird, daß der Ankläger, der keinen Beweis zu führen im Stande iſt, ſeinen Verdacht in Artikeln ausſprechen und dann „dieſelben Artikel mit ſeinem Eyd betheuren (ſoll), daß er glaub, wiewohl er die That dieſer Zeit nicht beibringen könnte, daß ſolch Artikel des Verdachts wahr ſeyen.“ Dann fährt das Geſetz fort: „Und ſo er das gethan hat, ſo

§. 29.

Eine kurze Betrachtung der Anſichten der Praktiker beginnen wir mit Damhouder, obgleich dieſer auf

---

ſoll der Beklagte ſchuldig ſeyn, ſich deſſelben mit dem Eyd zu purgiren. Und ob die verdachtperſon alſo größlich verdacht, daß die mit Purgiren nothdürftig, das ſoll der beſcheidenheit des Richters befohlen werden, ihm die anfzulegen oder nicht. Und ſo er ſolche Purgation gethan hat, ſo ſoll er ſolchs Verdacht ledig ſeyn, und alsdann beide Eyd für recht geſchworen gehalten werden, ſo lange bis der beſchuldigt in Recht der That überwunden wird. Alsdann ſoll und mag gegen den Ueberwundenen, als der That ſchuldig und einen Meineydigen gehandelt, geſtrafft, und wie ſich gebührt, procedirt werden. Thutt aber der Beſchuldigte ſolche Purgation nicht, ſo ſoll er diß, ſo er verdacht geweſen, ſchuldig gehalten, und gegen ihn, wie es nach der Geſtalt der Sachen ſich in ſolchem gebührt, procedirt und gehandelt werden." §. 10. „Und iſt ſolche Purgation darumb dermaſſen geſetzt, damit der beſchuldiger deſto förderlicher zu ſeiner Klag, und der Beſchuldigt deſto förderlicher zu ſeiner Schuld oder Unſchnld kommen." Vgl. §. 11. Ordnung des Landfriedens zu Wormbs Anno 1521 aufgericht. Tit. VII. §. 3-10. Erklärung des Landfriedens zu Nürnberg 1522 aufgericht. Tit. XI. Kaiſerlicher Landfried zu Augſpurg, Anno 1548 aufgericht. Tit. XIV. §. 1. Kammer-Gerichts-Ordnung zu Augſpurg 1555 aufgericht. Th. II. Tit. 10. §. 1. 2. Hier heißt es noch §. 1. — „Und ob der Beſchuldigt alſo größlich verdacht, daß der Mit-Purgatoren vonnöthen, ſo ſoll zur Beſcheidenheit des Richters ſtehen, ihm die auffzulegen oder nicht, die dann ſchwören ſollen, daß ſie glauben, daß der, oder die, ſo ſich mit dem Eyd entſchuldigt, recht geſchworen haben." — Ich habe einige Stellen wörtlich mitzutheilen für nicht unpaſſend gehalten, weil ſie, ſo weit der Reinigungs-Eid noch vorkommt, ſchon die neuere praktiſche Anſicht ausſprechen. Wir werden darauf ſpäter zurückkommen. Hier bemerke ich nur zweierlei: Einmal, daß die Worte: „und der Beſchuldigt deſto förderlicher zu ſeiner Schuld oder Unſchuld komme," der Anſicht eines geiſtigen Zwanges nicht günſtig ſind; und dann, daß jetzt ſchon, wie längſt vorher, der Be-

die P. G. O. keine Rückſicht nimmt [149]). Aber als ein Schriftſteller, der die damalige Praxis (— die niederländiſche, welche bei dem damaligen Stand der Rechtskenntniß, Geſetzgebung und Rechts-Pflege, ſo gut wie die italieniſche, für unſere wiſſenſchaftlichen Betrachtungen benutzt werden darf —) aufzeichnet, verdient er beachtet zu werden. Er handelt Cap. 32. ꝛc. von der Vernehmung des Angeſchuldigten, der Anwendung der peinlichen Frage ꝛc., Cap. 39. von der Bekenntniß des Gemarterten, und ſchließt daran Cap. 40. die Lehre der Wirkungen des Leugnens auf der Folter. Es iſt bemerkenswerth, daß er es anerkennt, die überſtandene Tortur tilge die Indicien, ſo daß nun, wenn ſich nicht neue ergeben, der Beſchuldigte den Rechten nach völlig freigeſprochen werden müſſe, wovon aber die Praxis abweicht, welche hier nur auf vorläufige Befreiung von der Unterſuchung erkenne [150]). Alſo davon, daß etwa

---

ſchuldigte in der Regel allein, und ohne Eideshelfer ſchwört, und nur im Fall beſondern Verdachts ſich der Richter veranlaßt finden kann, Eideshelfer, welche hier de credulitate ſchwören, zuzuziehn. Vgl. das Concept der Kammer-Gerichts-Ordnung v. 1613. Th. II. Tit. 11. §. 4. Den Gegenſatz macht alſo der Fall des geringern Verdachts, und des dem Beſchuldigten günſtigen Vertrauens, wonach er allein zu ſchwören hat. Auch dieß darf ich für meine Meinung geltend machen.

149) Praxis rerum criminalium (zuerſt) Antverp. 1554 und dann oft. Meine Ausgabe iſt v. 1616. vgl. Biener a. a. O. S. 163.

150) Cap. 40. §. 1. „Si reus in tormento singula constanter negaverit, nullaque interrogatorum fateri voluerit, reducitur tum iterum ad carcerem. Ubi decem, viginti aut triginta diebus, ampliusque aut minus pro judicis prudentia servatur, an forsitan alia nova indicia sint eventura. §. 2. Quae si non delata fuerint, e carcere et ex omnibus vinculis li-

der nicht Geſtändige, aber Verdächtige, ſich eidlich reinigen ſolle, iſt keine Rede. Wie wir es oben gezeigt haben — es ſollte Freiſprechung eintreten, die Praxis hat aber hier eines der genannten Auskunftsmittel, aus Rückſichten Sicherheit anwenden zu müſſen geglaubt. An die Aufgebung der von der Folter befreiten Perſonen und die Ausnahmefälle Cap. 41. ſchließt ſich nun Cap. 42. ꝛc. die Lehre der purgatio vulgaris, und Cap. 44. der purgatio Canonica. Hier wird von dem Reinigungs-Eid und den Eideshelfern, als einer Erfindung des Canoniſchen Rechts, aber nur ganz kurz gehandelt, von den Vorausſetzungen, aber nur Verdacht überhaupt erwähnt, ohne nähere Angabe des Verhältniſſes zu der peinlichen Frage, und der Schluß des kleinen Capitels macht die Bemerkung, daß dieſes Verfahren bei geiſtlichen Gerichten häufig ſey, und auch von den weltlichen, z. B. in Flandern, nachgeahmt worden. — Dürfte aus dieſer Darſtellung des Praktikers ein Schluß gemacht werde, ſo iſt anzunehmen, daß der Reinigungs-Eid, doch nur eine beſchränkte Stelle einnimmt, und von der Praxis gewiſſermaßen gegen das Recht ſelbſt gebraucht werde. Uebrigens hängt beides, Folter und Eid, ſo ſehr mit der Verweigerung des Geſtändniſſes eines Verdächtigen zuſammen, daß man nicht berechtigt iſt, die Anordnung bei Damhouder als eine Autori-

---

beratur, pristinaeque libertati (qua ante capturam fruebatur) restituitur et dimittitur. Quousque: hoc est, donec denuo in judicium accersatur, sine ampliori et plenaria absolutione, atque ita receptum est, fieri in practica. §. 3. Nam ex jure plene absolvendus erit, quod per exactam torturam ab omnibus indiciis, et suspicionibus satis sit purgatus."

tät für die Anſicht der Männer von der ſ. g. tortura spiritualis geltend zu machen.

Deutſche Praktiker vor Carpzov.

§. 30.

Die älteſten Werke einheimiſcher Gelehrten ſchließen ſich auch in dieſer Lehre bei weitem mehr an die italieniſchen Praktiker, als an das Geſetz. Dies iſt, aus der bereits erwähnten geringen Theilnahme, deren ſich daſſelbe von Seiten der Gelehrten zu erfreuen hatte, nicht minder als aus dem oben bezeichneten praktiſchen Bedürfniß zu erklären. Namentlich gilt dieſes von den Werken: Prozeß, Praktica und Gerichtsordnung durch Chilianum König. Leipzig 1541. Fol. [151]), und Praktica und Prozeß Peinlicher Halsgerichtsordnung, aus Kayſerlichen, Geiſtlichen, Weltlichen und Sächſiſchen Rechten, durch Doctorem Henricum Rauchdorn. Budiſſin 1564. Fol. [152]). Dieſer ſetzt, wie ſein Vorgänger, das erforſchliche Gricht — worunter er den von Amtswegen einzuleitenden Unterſuchungs-Prozeß verſteht — dem ordentlichen Gericht oder dem Anklage-Verfahren entgegen. Er warnt gegen voreilige Unterſuchung, erkennt aber im Allgemeinen das Gerücht, die Bezüchtigung ꝛc. zu dieſer für hinreichend. Wäre das Gerücht nach der Darſtellung im Art. III. Th. I., als „von ehrlichen, glaubwürdigen und unverdächtigen Leuten" entſpringend, in Abrede geſtellt, ſo ſoll der Richter

---

[151]) Dieſe Ausgabe bezeichnet Biener a. a. O. S. 161. Not. 34. als die erſte.

[152]) Ich benutze die Ausgabe in 4to v. 1592.

vor allem darauf ſeine Unterſuchung richten: ſintemal in dieſem erforſchlichen Gerichte die Diffamation und Berüchtigung muß zuvor gehn. Wird das Gerücht zugeſtanden, und nichts dagegen vorgewendet, ſo kann der Richter zur „ſcharffen Frage" ſchreiten, „auch nach Befindung und Gelegenheit der Verbrechung und Perſon die Strafe ergehen laſſen." „Wenn aber das Gerüchte, wie berürt, von dem Richter bewieſen würde, ſo müße alsdann der, wider den das erforſchliche Gericht fürgenommen, geſtrafft werden, oder ſich der beſchuldigten That und Auflage mit ſeinem Eyde purgiren und reinigen. Wo aber die Beweiſung nicht fürgeht, ſo darf der Angegebene auch nicht ſchweren." „Da er aber die Mißhandlung bekennt, oder davor wir recht oberwiſen würde, ſo möchte er zu der unſchuld des Eydes nicht gelaſſen werden." Hieran ſchließt ſich die Beſtimmung, daß, wenn jemand, auch ohne Berüchtigung, dem Richter verdächtig und der Unterſuchung „von Amtswegen" unterworfen wird, „ſo dann der Richter die Verdacht beweiſet, und die Verdacht ſampt der That alſo geſchaffen iſt, das die Leute darob geergert, als mus ſich der Beklagte mit dem Richter vertragen, oder mit ſeinem Eyde, wie oben berürt, die That entfüren und purgiren." Dann wird unter den Gründen, welche die ſcharfe Frage zulaſſen, erwähnt, Art. XIIII. „Von Eydlicher Purgation." „Verwidert ſich einer der berüchteſten Mißhandlung mit dem Eyd zu purgiren und entladen." Dieſen Anſichten einer übrigens noch ſchwankenden Praxis ſchließt ſich an: Praktica und Prozeß peinlicher Gerichtshandlung ꝛc., durch Johannem Arnoldum von Dorneck. Frankfurt am Mayn 1576. Fol.

Selbſt

Selbſt bei dem Anklageprozeß wird hier das Purgatorium zugelaſſen: Cap. VII. Regula Prima. S. 10. o. „Jedoch ſo die Klage nicht vom Richter ex officio, ſondern vom Part geſchehe, müßte der Kläger ſich in ſeinem Libell zum Beweiß der Notorietät, und daß der Beklagte in handhafter friſcher That begriffen wäre, erbieten und ziehen, ſonſten wo ſolches nicht geſchehe, und der Kläger (— dafür iſt zu leſen „Beklagter") die Klage verneinet, möchte er ſich derſelben durch ſeinen Eyd erledigen, ut est text. Weichbild Art. 38. et ibid. in glos. fin. et glos. Art. 39. im Sachſen Recht." Intereſſant iſt ferner die Regula decima aufgeſtellte Praxis, wonach, ſo wie der Verweigerung des Eides, die Folter folgen konnte, ſo hier umgekehrt, die Ueberſtehung der Folter, gegen das Geſetz und deſſen Sinn, dennoch nicht ſtets gänzliche oder vorläufige Freiſprechung, ſondern auch das Purgatorium zur Folge haben kann. „Zum Zehenden, würde der Beklagte in der Tortur die That und darauf angeſtellte Capitulation beſtändig verneinen, ob er wohl noch beſage der Rechte dadurch erſt Vermutungen, ſo der Richter wider jmm in Anfang gehabt, purgirt und abgeleinet, ſol jmm doch der Richter nicht alsbald der Haft erledigen, ſondern darin ein zeitlang, biß in die dreyßig Tage ohngefehr behalten, ob ſich mittler Zeit andere neure Vermutungen finden, darauff der Thätter zum andern kündt mit der ſchärffe gefragt werden." „Und da ſich in ſolcher Zeit keine neue Vermutungen finden, welche ad repetitionem torturae genugſam, ſo ſoll er doch nicht alsbald von der beſchuldigten That definitive unſchuldig geſprochen werden, ſondern der Richter mag jnm wol daß gefängnuß, gegen

einen gewöhnlichen Urfrieden und bürgſchaft, auf wieder=einſtellung ledig laſſen, damit er dem Richterlichen Ampt ſo lange verhaftet bleibe, bis daß er mit ſeinem leben und wandel, die erſten indicia und Vermutungen gänzlich purgiret." „Hiemit iſt aber der Beklagte nit verpflichtet, wo er nicht gerne wil, in ſolcher haft in die Lage, oder nach wolgefallen deß Anklägers und deß Richters, zu verbleiben, ſondern mag ſich auch zweierlei Mittel daraus entziehen."

Uns intereſſirt hier nur das eine: der Reinigungs=Eid, der hier nach canoniſchen Grundſätzen behandelt wird [153]), und wo noch Eideshelfer gefordert werden.

---

[153]) „Erſtlich nach den Bäbſtlichen Rechten, per purgationem canonicam, dieſer geſtallt, daß er ſich vorm Richter auff einen körperlichen Eid ziehe und erbiete, damit zu betheuren, daß er aller verdacht unſchuldig ſey, und hierneben andere glaubmäſſige erbare Perſonn, an Rechten compurgatores sive conjurantes genannt, producire und vorſtelle, welche neben jm mittelſt jrer Eyde außſagen, daß ſie glauben, er ſey der Aufflage unſchuldig, und was er geſchworen, ſey war, oder der warheit gemäß, und wenn ſolliches geſchehen, mag jnm der Richter in der verhafftung lenger nicht halten, ſonder iſt ſchuldig jnm darvon zu erledigen, und geſtatten, daß er ſich wider jnm oder ſeinen Ankläger, wegen der zugefügten Injurien und Schäden ſeines Richtums gebrauchen möge ꝛc."

Für die allgemeine Zuläßigkeit des Eides in Criminalſachen iſt auch zu bemerken Cap. XII: „Von perſönlicher Ladung oder gefänglicher Eynziehung", daß Perſonen erbarn Standes zur Vermeidung drückender hafft, „in ehrlichere Cuſtodie zu nemen", „oder bei ihren Eyden und Ehren an ein gewiſſe ort und zeit beſtricken." Vgl. noch Lib. II. Cap. V. — Abweichend iſt Saur Strafbuch. Frankf. 1550. (und öfter; ich habe vor mir die Ausgabe von 1581 und 1598.) Fol. welcher mit Berufung auf die C. C. C. Art. 57. und alter italien. Praktiker, nach Ueberſtehung der Folter, nur Freilaſſung mit Gelübden oder Bürgen, aber weder

L. Gülnhauſen Arbor judiciaria criminalis [154]) äußert ſich über die Zuläßigkeit des Reinigungs-Eides, wie wohl zunächſt in Beziehung auf die Injurienklagen, wo man ohne Grund annimmt, daß das römiſche Recht einen eigentlichen Reinigungs-Eid kenne, ſehr bedenklich wegen des die Heiligkeit des Eides bei Seite ſetzenden verdorbenen Geſchlechts ſeiner Zeit.

Carpzov.

§. 31.

Mit Uebergehung anderer älterer Praktiker, die ſich im Ganzen den frühern anſchließen, und überhaupt weniger ſelbſtſtändige Unterſuchungen anſtellen, als vielmehr nur Aufzeichnungen des Gerichtsgebrauchs, mit reichhaltiger Caſuiſtik liefern, wenden wir uns zu Benedikt Carpzov, der bekanntlich den größten Einfluß auf die ſpätere Praxis erlangt hat, und deſſen Verdienſte erſt neuerlich wieder mehr anerkannt werden, nachdem man die Einſeitigkeit und Ungründlichkeit des ihm ſo oft gemachten Vorwurfs der übergroßen Strenge richtiger zu würdigen begonnen hat.

In der That finden ſich in deſſen Practica nova

Reinigungs-Eid, noch fernere (dritte) Tortur zuläßt, ſo fern ſich nicht neue Vermuthungen ergeben.

154) Francof. 1606. Fol. — Tit. XXXIV. Cap. II. „Est tamen summo periculo expositum, tale purgationis juramentum Reo deferre, quia hoc seculo nequissimo plerique homines juramenta non magis curant, quam domus antiqua fumum. Provide ergo et caute Judex in deferendo ejusmodi juramento agere debet.“ Doch erkennt er den Eid im Allgemeinen als praktiſch an. §. 6. Pars I. Cap. VI. de probation. §. 3. N. 10. §. 13. N. 3. §. 14. N. 10. 28. §. 32. N. 20. etc. P. VI. Cap. VI. §. 46. etc., doch ſtets ſehr beſchränkt.

Imperialis Saxonica rerum criminalium [155]). Pars III. Quaest. CXVI. zuerſt mehrere von den frühern abweichende Anſichten, und im Ganzen diejenigen ausgeſprochen, denen bis auf unſere Zeit die Praktiker und Schriftſteller des gemeinen Prozeſſes gefolgt ſind. Es wird ſich daher hier eine größere Ausführlichkeit rechtfertigen.

So weit ich die Schriften der ältern Praktiker, die mir zugänglich waren, geprüft habe, finde ich, daß Carpzov die Anſicht, der Reinigungs-Eid ſey eine geiſtige Tortur, ein Mittel der Erlangung der Wahrheit — (worunter aber nicht die mögliche Nichtſchuld eben ſo wohl, als das Gegentheil, ſondern nur auf den Grund eines Vorurtheils und einer principis petitio, die Schuld verſtanden wird, deren Eingeſtändniß bezweckt wird,) zuerſt entſchieden ausgeſprochen habe, wenn ſie auch Andern vielleicht vorgeſchwebt haben mag, da in der Art, wie beide, Reinigungs-Eid und Folter, auf Präſumtion und Indicien gegründet, und, in der Lehre des unvollkommenen Beweiſes verbunden wurden, nie ſolcher Vergleich ſich leicht darbieten konnte. Wie oben

[155]) Zuerſt 1635 Fol. Ich bediene mich der Ausgabe Wittebergae 1646. Allerdings muß man bei der verbundenen Darſtellung des gemeinen und des ſächſiſchen Rechts genau unterſcheiden, was dem einen und dem andern eigenthümlich iſt; allein in vielen Lehren, wie in der unſrigen, tritt für die Praxis dieſer Unterſchied nicht hervor, und dann haben ſächſiſches und Praxis eben durch Carpzovs Autorität, auf die ſpätere gemeinſchaftliche Praxis eben ſo entſchiedenen Einfluß geäußert, als dieß bekanntlich, wiewohl aus andern Gründen, in Anſehung des gemeinen bürgerlichen Prozeſſes, der Fall iſt; für den, ſo weit er namentlich auch durch Gerichtsgebrauch fortgebildet iſt, und nicht einmal ausſchließend, das ſächſiſche Recht gewiſſermaßen eine Quelle geworden iſt.

erinnert iſt, der **Verurtheilung**, ohne „Beweiſung" oder „eigen Bekenntniß" ſtand das Geſetz im Wege, welches die Folter unter nähern Vorausſetzungen geſtattet, und gebot — die **Losſprechung** im Falle ſolcher Vermuthungen, die doch zur peinlichen Frage nicht hinreichend waren, die Bedenklichkeit einen möglicherweiſe Schuldigen zum Nachtheil für die Rechtsſicherheit zu entlaſſen. Dieſen Zweifeln wird hier, und in beſtimmterer Weiſe als früher, durch außerordentliche Strafe, oder Entlaſſung von der Inſtanz, und endlich in ſo fern auch dieſe beiden Alternativen wieder bedenklich ſchienen, durch die Auferlegung des Purgatoriums gehoben, den wir, in der Weiſe, wie ihn die Praxis jener Zeit auffaßte, nach **Carpzovs** Darſtellung, und zum Theil der **wörtlichen**, betrachten wollen [156]). Den Stand-

[156]) **Carpzov** ſagt l. c. §. 49. Bei nicht vollem Beweiſe könne nicht auf Todesſtrafe erkannt werden: „Quod tamen non ita accipi debet, ut Reus crimen negans, aliquali tamen probatione indiciis et praesumtionibus gravatus prorsus sit absolvendus, sed vel extraordinarie coerceri, vel torturae subjici, vel juramento se purgare debet. Quare pro ulteriori intellectu **tres** Regulae notandae veniunt." „**Prima** est: Reus de crimine leviori inculpatus, et praesumptionibus violenter ac semiplena probatione gravatus, licet delictum neget, pro arbitrio tamen judicis puniri potest." Wir enthalten uns einer Kritik dieſer Regel, und gehen zur andern, uns vorzugsweiſe beſchäftigenden, über: „**Secunda** Regula est: Quotiescunque contra Reum alicuius criminis, praesumtiones et indicia verisimilia militant, ad cruendam veritatem et confessionem juramentum purgationis ipsi potest imponi." Dieſe Regel, im Verhältniß zu der vorigen, und der folgenden, prüfen wir näher: „**Tertia** Regula est: Quotiescunque in criminibus atrocioribus sufficientia adsunt indicia, Reus delictum negans torturae subjici debet." l. c. §. 51. 58. 84.

punkt bezeichnet ſchon die Ueberſchrift der angeführten Quäſtion: „De transmissione Actorum ad Collegium Jurisperitorum, et quomodo procedendum sit, crimine plene non probato.“ Nach einer Einleitung über die erforderlichen allgemeinen und beſondern Eigenſchaften der Criminal-Rechte und über die Wichtigkeit der Criminal-Sachen werden die Bedingungen einer verurtheilenden Sentenz in Anſehung des Beweiſes, und dann die Unzuläßigkeit einer Verurtheilung in die ordentliche Strafe bei unvollſtändigem Beweiſe berührt (§. 1—57.), worauf der Uebergang zur Lehre vom Reinigungs-Eid (§. 58—84.) gemacht wird. Wir werden wenig hinzuzuſetzen haben, wenn wir einige Hauptſtellen mittheilen, aus denen ſich die völlig unhiſtoriſche und der Sache ſelbſt widerſprechende Anſicht ergiebt, die man damals von dem Reinigungs-Eide hegte. „Hoc juramentum,“ heißt es in der Erläuterung der zweiten (Not. 156.) angegebenen Regel, „in odium hominum maleficorum adinventum fuit, ne illi contra quos diffamationes quaedam, suspiciones et indicia, ad condemnationem tamen insufficientia militant, prorsus absolvantur, sed sese conscientiamque suam per juramentum purgare teneantur.“ Was es mit dieſer angeblichen Erfindung und dem Zwecke derſelben für eine Bewandniß habe, erhellt aus der frühern geſchichtlichen Darſtellung. Jetzt iſt der geſchichtliche Boden längſt verlaſſen. Der Sache iſt ein weſentlich anderer Grund und Zweck längſt untergeſchoben, und die fernere Betrachtung iſt eine reine Verſtandes-reflexion, auf damaligem Standpunkt. „Non tamen semper ac indifferenter huic juramento locus est, alias certe in criminalibus, nunquam ad torturam

deveniri posset; sed arbitrio ICtorum relinquendum est, quomodo hoc remedium extorquendae confessionis tuto adhiberi existiment; utpote in criminibus iis, quorum poena corporis adflictiva non est, ita ut nec torturae locus sit; aut si in atrocioribus etiam criminibus indicia ad torturam sufficientia non adsint, tum certe Reus conscientiam suam per juramentum purgare debet — modo tamen contra eum non sit suspicio perjurii, indiciaque et praesumptiones verisimiles praecedant: caeteroquin si nullae conjecturae et indicia, aut non verisimilia contra Reum pugnent, potius is absolvendus; quam juramento gravandus est." Hier werden eine Menge, zum Theil ganz ungehöriger Citate, auch aus dem römiſchen Rechte beigefügt [157]. Ueber die Wirkungen wird bemerkt: die Eidesleiſtung tilgt alle entgegenſtehenden Vermuthungen und begründet definitive Freiſprechung in der Hauptſache und den Koſten: die Verweigerung des Eides ſoll als Bekenntniß der Schuld angeſehen werden, jedoch nur „in levioribus delictis, pro quibus poena arbitraria, carceris aut relegationis in-

---

157) Es ſchließt ſich hieran eine Unterſuchung über die Frage: „Num Reus, cui purgationis juramentum est injunctum, illius evitandi causa ad innocentiae probationem debeat admitti? So wie es faſt unbegreiflich erſcheint, daß hierüber nur Zweifel entſtehen konnte, ſo wird es noch ſchwieriger, der Anſicht Moller's und Weſenbeck's (a. a. O. §. 64.), welche die Frage verneinend beantworten, irgend eine juriſtiſche Seite abzugewinnen. Carpzov und die allgemeinere und ſächſiſche Praxis, laſſen aber mit Recht zu, was hier nicht unpaſſend — Gewiſſensvertretung durch Beweis genannt wird (§. 71.). — Vgl. noch Peinlichen Sächſ. Inquiſition- und Acht-Prozeß. Leipzig 1662. 4. S. 158.

dicitur, ad quam condemnari potest Reus, qui conſcientiam ſuam per juramentum purgare detrectat. Aber in ſchweren Verbrechensfällen iſt ein ſolches (hier fingirt genanntes Geſtändniß) unzureichend zur Verurtheilung; ſondern die Verweigerung begründet eine Anzeige, welche zur peinlichen Frage führt: die überhaupt bei ſchweren Verbrechen eintreteu ſoll, wenn ihre Bedingungen da ſind, weil hier der Reinigungs-Eid, — bei der Vorausſetzung des Falſchſchwörens, zu gefährlich ſey.

Wir können das Widerſprechende, was ſich in dieſer Theorie des Purgatoriums zeigt, nicht Carpzov zur Laſt legen, der die Anſichten ſeiner Zeit, und im Ganzen mit größerer Genauigkeit ausſpricht. Aber wie geſagt, den Widerſpruch, demjenigen, dem ein gewiſſes Vertrauen bewieſen wird, ohne welches ja der Eid nicht ſtatthaft iſt, denn er ſoll nie eintreten, wo ein Meineid zu befürchten ſteht, zugleich ein ſolches, in dem Begriffe unbegründetes Mißtrauen zu beweiſen, daß man ihn von vorn herein für ſchuldig halte, und daher den Eid (oder genauer genommen, die Androhung und Auferlegung deſſelben, denn die wirkliche Ableiſtung hat ein dem Zwecke entgegengeſetztes Reſultat) als ein Zangsmittel, das Geſtändniß zu bewirken, anſieht, der Widerſpruch der Gründe, welche bei ſolchen Präſumtionen, die die Heiligachtung des Eidſchwures hoffen laſſen, den Eid als ein Recht und als ein Mittel der purgatio conscientiae erſcheinen laſſen, und ihn dennoch, als eine dem Gravirten auferlegte Laſt darſtellen, die ihn zum Geſtändniß bringen werde — (der wirkliche Schuldige wird aber leichter verführt, ſich dadurch zu befreien) — dieſe Widerſprüche, welche in der Veranlaſſung, der

Abſicht und dem Zweck, in dem Verfahren ſelbſt, und in dem Reſultat eintreten, ſind nach dem bisherigen zu einleuchtend, um hier einer weiteren Auseinanderſetzung zu bedürfen. Nachdem die alte hiſtoriſche und volksmäßige Grundlage des Reinigungs-Eides, in Verbindung mit dem Inſtitute der Eideshelfer, untergegangen war, blieb, bei der ſelbſt von den bisher angeführten Praktikern anerkannten Gefahr, daß gerade der Schuldige am wenigſten Bedenken tragen werde, einen ihm auferlegten Eid, der ihn von allen Nachtheilen einer Verurtheilung befreite, zu leiſten, eine einzige würdige Anſicht übrig, wonach dieſer Eid ſtattfinden konnte; nehmlich die Zuverſicht und das Vertrauen, daß eine ſolche, zum Eid unerläßliche religiöſe Geſinnung da wäre, vermöge deren entweder ein in Verdacht gerathener Unſchuldiger, um ſich völlig zu reinigen, mit gutem Gewiſſen, durch ſeine eidliche Verſicherung, die letzten Reſte der gegen ihn ſtreitenden Gründe, entfernen, oder der Schuldige, ſich lieber der Strafe, als der neuern größern Schuld, und dem Seelenverderben eines falſchen Eides ausſetzen werde. Und eben dieß iſt der innere Widerſpruch, daß auf der einen Seite wirklich dieſe Anſicht noch herrſcht, wenigſtens als Grundlage der Zuläſſigkeit des Eides vorausgeſetzt werden müßte, auf der andern aber, die entgegengeſetzte, des Mißtrauens ſich ausſprach. Wenn demnach hier wirklich die Anſicht eines medium emendae veritatis (d. h. der *Schuld*, die präſumirt wird) herrſcht, ſo iſt dieſe nur zum Theil gegründet, nehmlich nicht bei dem *Unſchuldigen*, der den Schwur leiſtet — die *Verweigerung* wird hier nicht leicht vorkommen, doch iſt ſie auch denkbar — nicht bei dem *Schuldigen*, der *ſchwört* — hier hat ſich das

Mittel ganz vergebens gezeigt, ſondern uur in dem, gewiß ſeltenen Falle, wo der wirklich Schuldige, den Eid nicht leiſten will. Alſo gerade da, wo die wichtigſte Seite der Sache ſich geltend machen ſollte, iſt die Gefahr am dringendſten und die Einſicht in dieſes Mißverhältniß, in das Unſichere, Verführeriſche und Gehaltloſe des Mittels iſt der Grund, weshalb daſſelbe in unſerer Zeit keinen Stützpunkt mehr findet, und nachdem es an vielen Orten ausdrücklich aufgehoben, an andern außer Gebrauch (in desuetudinem) gekommen iſt, jetzt nur noch beſchränkt zur Anwendung kommt, während es die gemeinrechtliche Theorie noch immer, und zwar, in der ſeit Carpzov herkömmlichen, aber wie die bisherige Prüfung zeigt, nur angemeſſenen Weiſe und Stellung beibehält.

Es ſchien paſſend, dieſe Bemerkung gleich an die Schilderung der Anſichten des einflußreichſten Praktikers anzuknüpfen: wir betrachten aber noch kürzlich die wichtigſten ſpätern Schriften.

Deſſen Nachfolger.

§. 32.

Oldenkop, ein Gegner Carpzov's, weicht doch von der herkömmlichen Praxis nicht ab, und erkennt den Reinigungs-Eid um ſo mehr an, je eifriger er gegen den Mißbrauch der Folter ſich erklärt [158]).

---

[158]) Observationes criminales practicae. Neue Ausgabe. Bremae 1654. 4. Tit. IV. Obs. 8. 17.; und contra Dn. Bened. Carpzovium JC. Tractatus duo, de appellatione in causis criminalibus et decades quinque quaestionum ad processum criminalem necessariarum. Bremae

Bei Brunnemann[159]) findet ſich dagegen eine beſſere Anſicht; gleich rückſichtlich der zu Gunſten des Schwörenden aufgeſtellten nothwendigen Vermuthung gegenüber der gangbaren Anſicht eines Mißtrauens, welches, wenn man es conſequent auffaßt, dem Eide nothwendig entgegentreten müßte. „Juramentum autem purgationis dictandum est ei, qui alias semper fuit integrae opinionis (Cap. 1. X. de purgat. can.) quo dicet se esse innocentem ratione ejus criminis, de quo informatus est CC. fin. X. de purg. can.) et adhibeantur 7. compurgatores, qui de innocentia rec. credulitatis juramentum praestabunt. (Cap. 5. eod.) quod in desuetudinem abiit etc. in Camera Spir.[160]) Damit ſteht auch in Verbindung, daß er nicht bei Gelegenheit der peinlichen Frage oder der Indicien, ſondern an einer davon ganz verſchiedenen Stelle handelt, ſo daß auch in dieſer Hinſicht ſeine richtigere Behandlung jene Inconſequenz vermeidet. Daß er aber dem Eid ein nothwendig beſchränkteres Gebiet anweiſe, ergiebt ſich aus der von ihm ausgeſprochenen Bedingung ſeiner Zuläſſigkeit und der Darſtellung ſelbſt.

1664. 4. Dec. III. Qu. 8., wo er ſich ſelbſt auf Carpzov beruft.

[159]) Tractatus juridicus de inquisitionis processu. Frankfurt 1647. 8. (4te Ausgabe. Witteb. 1672. 4.)

[160]) Cap. nonum. §. 6. Daſelbſt heißt es weiter: „attamen adhuc in crimine fractae pacis requiritur, et in causis feudalibus. — Sane hoc juramentum non ex semiplena probatione, sed ex suspicionibus tantum defertur. Recusans id pra esta pro convicto habendus. Sed si praestiterit juramentum, absolvendus est definitive, etiam ab expeusis etc." wobei auf Carpzov verwieſen wird.

Mit Uebergehung Anderer, gedenken wir noch Ludovici's Einleitung zum peinlichen Prozeß [161]), der ſich übrigens hauptſächlich an Carpzov anſchließt, und nur kurz, unter dem Geſichtspunkt und in dem Capitel (IX. §. IV. V. 41.) von der peinlichen Frage, des Reinigungs-Eides erwähnt; wir führen ſeine Worte an, ohne weitere Bemerkungen. Er beſchränkt die peinliche Frage auf Verbrechen, welche Leib- und Lebens-Strafe nach ſich ziehen, weil bei geringern dieſes Mittel, ein Geſtändniß zu erlangen, mit der Strafe ſelbſt im Mißverhältniß ſtände. „In denen geringern Verbrechen alſo wird dem Inquiſiten, wenn erhebliche Anzeigen wider ihn vorhanden ſind, entweder der Reinigungs-Eid, oder auch wohl, wenn es eine ſolche Perſon iſt, da leicht ein Meineyd zu befahren, die Verbal- oder Real-Territion, nach Beſchaffenheit der Umſtände zuerkannt." „Es iſt aber dieſes — nicht alſo zu verſtehen, als ob nehmlich in groben Verbrechen allezeit auf die peinliche Frage erkannt werden müſſe, denn man ſiehet ja zum öftern, daß auch in denen Fällen, wenn jemand eines begangenen Todſchlags, Beraubung, Brandſtiftung, Ehebruches ꝛc. beſchuldigt wird, ſodann dem Inquiſiten nicht ſelten der Reinigungs-Eid — zuerkannt zu werden pflege [162]).

---

161) Halle 1707. — Die ſechste Auflage iſt 1719. 4.

162) Intereſſant ſowohl für die gangbare praktiſche Anſicht vom Zweck des Reinigungs-Eides, als auch rückſichtlich der Einſicht in ihrer Unrichtigkeit iſt die Bemerkung §. 41.: „In dem Urtheil, darinnen auf den Reinigungs-Eid erkannt wird, muß man nicht leicht lateiniſche Formalien gebrauchen, z. B. daß Inquiſit vermittelſt der **tortura spirituali** zu befragen, denn jener Pfarrer macht ſich, wie eine gewiſſe Facultät dergleichen

Es würde ermüdend ſeyn, durch die Reihe der ſpätern Praktiker die dogmengeſchichtliche Seite der Lehre durchzuführen, da dieſe ſich an die, durch die bisher genannten Schriftſteller ziemlich feſtgeſtellten Anſichten anſchließen, die ſich mit wenigen Abweichungen noch jetzt in manchen Gerichten finden [163]).

Merkwürdig für die Geſchichte iſt noch, was Berger [164]) mittheilt. Bei der allmähligen Ausbildung der Special-Inquiſition, und der Warnung, daß nur ein bei ihr, nicht in der bloß ſummariſchen Vernehmung, abgelegtes Geſtändniß, zur Fällung eines Strafurtheils hinreichend ſey, hatte ſich die Meinung verbreitet, die Special-Inquiſition ſey der Ehre nachtheilig, und man bemühete ſich daher, bei der Möglichkeit der Nichtſchuld, oder einer geringern Schuld, Mittel ausfindig zu ma-

---

Worte in dem Urtheil gebrauchet hatte, dießfalls einen Skrupel, und wollte dem Inquiſiten das Gewiſſen nicht rühren, weil er angab, daß es ihm an ſeiner Ehre nachtheilig, wenn er einen tortorem abgeben ſollte." Er ſchließt — denn ein Richter — muß alle ſeine Kräfte daran ſtrecken, damit ein falſcher Eid verhütet werde."

[163]) Von Matthäus de criminibus lib. XLVIII. Tit. XV. Cap. 7. wird dieſer Eid als gefährlich verworfen. Ch. J. Hecls judex et defensor. Lips. 1717. 4. Cap. IV. Kressii Com. in C. C. C. Hanoverae 1721. 4. Art. 28. 29. 57. 120. 126. 142. 165. etc. Fröhlich von Fröhlichsburg Comm. in Kaiſer Carl des Fünften und des H. R. R. P. G. O. (fünfte Aufl.) Frankfurt und Leipzig 1733. Th. I. Tit. 6. §. 4. ꝛc. Th. III. Tit. 8. §. 10. — J. G. Scopp theoretiſch-praktiſcher Criminal-Traktat ꝛc. Nürnberg 1758. 4. Cap. IV. S. 107—160. Alle dieſe, ſo wie die andern gleichzeitigen und ſpätern Bearbeiter, ſchließen ſich den früher erwähnten, am meiſten Carpzov an

[164]) Electa juris criminalis. Leipzig 1737. (Dritte Ausgabe). S. 202. ꝛc. Vgl. Biener a. a. O. S. 179. 180.

chen, um Perſonen, deren Verhältniſſe größere Schonung zu fordern ſchienen, jenem Nachtheile zu entziehen. Der Ausweg der Wittenberger Schöppen beſtand nur unter andern darin, daß in geringern Fällen nach der ſummariſchen Vernehmung auf Reinigungs-Eid erkannt wurde, oder Geldbuße. Dagegen berichteten 1691 die Leipziger Schöppen an den Churfürſten, die eine Vertheidigung der Wittenberger veranlaßte. Aber, was dieſe in Anſehung dieſer Anwendung des Purgatoriums aufſtellten, iſt nachher ſelbſt von den Leipzigern angenommen worden.

Der mailändiſchen Praxis, den Verdächtigen vor der Vernehmung dahin zu vereidigen, daß er die Wahrheit dem Gericht eröffnen wolle, wodurch die ſpätere Anwendung des Reinigungs-Eides unmöglich gemacht wurde, iſt bereits gedacht worden. In Deutſchland iſt dies niemals praktiſch geworden, wie entſchieden auch ſonſt der Einfluß der italieniſchen Praxis mit der Verbreitung des Unterſuchungs-Verfahrens ſich geäußert hat. Jedoch führen einige der (Not. 163.) erwähnten Schriftſteller es als einen gefährlichen Mißbrauch an, den ſich zuweilen auf jene Autorität unverſtändige Richter erlaubten.

Wir werden jetzt kurz der Anſichten der andern Zeit gedenken. So weit dieſe den Reinigungs-Eid anerkennen, ſchließen ſie ſich dem bisher erörterten Gerichtsgebrauch an, namentlich in der Aufſtellung des Princips eines geiſtigen Zwanges, wovon früher die Rede war. Aber allerdings hat man der Anwendung dieſes Mittels Schranken geſetzt, wo nicht, entweder bei dem Fortbeſtehen des gemeinen Rechts, durch beſondere Geſetze, oder durch ganz neue Criminal-Prozeß-Ordnungen, welche über den Beweis, vornehmlich über die

Wirkungen der Anzeigen, eine veränderte Theorie aufſtellen, dieſer Eid ganz aufgehoben iſt. Schon J. H. Böhmer [165]) hat ſich, wegen der vielfachen Gefahren, die damit verbunden und faſt unvermeidlich ſind, entſchieden gegen deſſen Zuläßigkeit, insbeſondere in proteſtantiſchen Gerichtshöfen erklärt, und ſeine Meinung wird jetzt ziemlich allgemein angenommen. In der That liegt die Sache ſo einfach vor Augen, wie die Grundloſigkeit der durch die wiederholte Erfahrung widerlegten Meinung und Hoffnung, hier ein Zwangsmittel zur Bewirkung eines Bekenntniſſes zu haben. Ich darf alſo, was ich ſo an einem andern Orte ausgeſprochen [166]), hier

---

[165]) Jus ecclesiast. Prot. Tom. V. Lib. V. Tit. 34. Es iſt dieſes, die von Ludovici, unter Böhmer's Vorſitz vertheidigte, oben angeführte Diſſertation, welche auch in den Exercit. ad Pand. Tom. III. Exerc. XLVIII. S. 234. etc. abgedruckt iſt. S. oben Not. 23. und J. H. Boehmer Consult. et Dec. Jur. Tom. III. Arg. XI. Qu. 3. und Arg. C. Qu. 2. Beiſpiele bei Leyser Med. ad Pand. Vol. XI. S. 709. Vgl. S. F. de Boehmer Med. in C. C. C. Art. 57. §. VI.

[166]) Mein Criminal-Prozeß §. 115. Not. 29.: „Noch unpaſſender iſt es, den Reinigungs-Eid als geiſtige Tortur, ſ. g. tortura spiritualis, darzuſtellen. Die Vorausſetzung der Anwendung des Zwanges fehlt ganz — im Gegentheil müſſen günſtige, für die Moralität und Schuldloſigkeit des Beſchuldigten ſprechende Umſtände vorhanden ſeyn, wenn er zum Purgatorium gelaſſen werden ſoll. Man mußte, wenn hier der Zwang darin wirkſam ſich äußern ſoll, daß der Beſchuldigte eher bekennt, als ſein Gewiſſen mit einem falſchen Eid beſchwert, ziemlich unlogiſch annehmen, daß, wie die Tortur ein Zwangsmittel zur Erpreſſung des Geſtändniſſes iſt, wenn ſie zur Anwendung kommt, ſo der Reinigungs-Eid umgekehrt ein ſolches ſey, wenn er nicht zur Ableiſtung kommt. Denn ſchwört der Beſchuldigte, ſo findet kein Geſtändniß ſtatt." Der geſunde Sinn des Volks, der ſich in Sprüchwörtern ausdrückt, widerſpricht auch

wiederholen, daß die Vergleichung mit der peinlichen Frage ſchon darin unangemeſſen ſey, weil man ſagen müßte, dieſer Eid ſey ein Zwangsmittel zu jenem Zwecke, wenn er nicht ſtatt finde; denn der Schwörende, gegen den ſich der Zwang nicht äußerte, — wenn davon überhaupt die Rede ſeyn ſoll, ihn zum Geſtändniß zu bewegen, folglich deſſen Schuld vermuthet wird, was aber den Richter bedenklich machen müßte, darauf zu erkennen, — wird freigeſprochen. Alſo gerade, wo bei vorhandenem Verdacht die rechte Wirkſamkeit erwartet wird, verläßt ſie uns. Neben der Gefahr, dadurch Meineide zu veranlaſſen, tritt aber, wenn ſich wirklich dieſer geiſtige Zwang in der Verweigerung des Eides bethätigt, die andere Gefahr ein, daß die Annahme eines Geſtändniſſes, und das darauf gegründete Erkenntniß, die Verurtheilung eines wirklich Unſchuldigen zur Folge haben könne. Der Schuldige, der dennoch gewiſſenhaft genug iſt, dieſes in ihn geſetzte Vertrauen nicht zu mißbrauchen — anderes kann doch nicht die geiſtige Folter — die Auferlegung, nicht die Leiſtung des Eides, ſich nicht bewähren, wird bei dem nunmehr fortzuſetzenden Verfahren, ſich leichter über die Gründe ſeiner Verweigerung erklären, und allenfalls ein Bekenntniß ablegen; aber iſt es nicht auch möglich, daß ein Unſchuldiger, grade aus Gewiſſenhaftigkeit, den Eid nicht leiſten will, den dann mit Unrecht eine nachtheilige Vermuthung be-

---

der Anſicht der Praxis: „Kommet es dem Wolf zur Heide, und dem Diebe zum Eide, ſo haben ſie gewonnen Spiel.“ „Wer von ſieben ſagt, leugnet gern.“ Vgl. Eiſenhardt deutſches R. in Sprüchwörtern. Abth. VI. Nro. XXXXI. S. 604. ꝛc.

beſchwert? Wenn ſolcher Eid nicht mehr ein Recht iſt, deſſen ſich derjenige bedienen darf, der für ſich die Vermuthung religiöſer Geſinnung hat, und von dem man eben darum erwarten dürfte, er würde nur die Wahrheit ſagen [167]), kann er wirklich nach unſern jetzigen Anſichten, als eine Verbindlichkeit betrachtet werden, die ihm auferlegt wird, und deren Nichterfüllung ihm nachtheilig werden darf? Kann, wenn ein Geſtändniß nicht erfolgt, und kein Mittel der Ueberführung ſich darbietet, der Richter ſich ſeiner Pflicht dadurch erleichtern, daß er ſie dem in Unterſuchung Gerathenen aufbürdet? Darin, in der Zumuthung, liegt, und beſonders gegen

---

[167]) So wie die peinliche Frage, außer den einen halben Beweis machenden Anzeigen, insbeſondere die allgemeine Vorausſetzung hat, daß der Verdächtige, „eine ſolche verwegene oder leichtfertige Perſon ſey — daß man ſich der Miſſethat zu ihr verſehen möge,“ ſo muß umgekehrt, bei dem Reinigungs-Eide, wenn er anders nicht ganz unpaſſend auferlegt werden ſoll, und die Bedeutung des Eides nicht verkannt wird, eine Perſon da ſeyn zu der man ſich der That nicht verſehen kann. Wie hier wieder das Unrichtige der Gleichſtellung mit der Folter — ad eruendam veritatem — einleuchtet, ſo kommt man auch bei jeder weitern Betrachtung nicht über die Widerſprüche hinaus, die hier auf allen Seiten entgegentreten. Merkwürdig iſt in dieſer Hinſicht das Hamburger Statut v. J. 1605. Th. I. Tit 34. Art. 9.: „Wenn ein unberüchtigter Mann einer Mißhandlung halber, die in dieſer Stadt oder derſelben Gebiete geſchehen, beſchuldiget wird, und derſelbige mit handhaftiger That nicht iſt betreten, oder der Bezüchtigung, wie Rechtens, nicht überzeuget werden kann, der iſt naher ſeine Ehre und Unſchuld mit ſeinem Eide zu vorbiken, als jemand ihm dieſelbe abzugewinnen hat; aber leichtfertigen, berüchtigten Perſonen, oder verweſteten, oder die ihrer Unthat halber angezeichnet ſind, ſoll es zum Eide nicht gelaſſen werden.“ Im Ganzen gleichlautend mit dem Statute v. J. 1292 und 1497. Vgl. Neues Archiv des Crim. R. Bd. VI. St. 3. S. 425. ꝛc.

den Unſchuldigen, der ſich wahrhaft reinigen könnte, ein unrechtlicher Zwang andrer Art, und dieſen kann man in ſofern mit der Folter zuſammenſtellen, als jetzt beide als unſtatthaft erkannt werden. In einer Zeit, wo Urphede geſchworen, die peinliche Frage gebraucht, wo zu Niederſchlagung der Unterſuchung ein Vergleich mit dem Richter (transactio pro redimenda vexa) eingegangen werden konnte, mag die Anwendung jenes Mittels ſo zweckmäßig, wie die der andern geweſen ſeyn. Unſere Zeit verwirft ſie ſämmtlich, und hat ihre Unrechtmäßigkeit oder Gefährlichkeit anerkannt. In der That würde jetzt noch eher der Reinigungs-Eid, ähnlich dem Schiedes-Eid im bürgerlichen Prozeß, den Charakter eines — natürlich unſtatthaften Vergleiches, haben. Dazu kommt, daß das Unſichere ſelbſt, in dem fortbeſtehenden Mißtrauen ſich ausſpricht. Denn auch dieſer Eid kann, und mit Recht nach jetzigen Anſichten, die Sache nicht mehr definitiv ſchließen. Neue und erhebliche Indicien, oder die damit zuſammenhängende hohe Wahrſcheinlichkeit eines falſchen Eides machen eine Wiederaufnahme der Unterſuchung nothwendig. Wenn dieſe Nothwendigkeit mit dem Weſen des Eides im Widerſpruch ſteht, ſo daß dieſer dann am Ende doch nichts weiter iſt, als eine ſubjektive Verſicherung, der vorläufig Glauben beigemeſſen wird, weil man ihr nichts entgegen zu ſetzen hat [168]), ſo iſt es beſſer, dieſen Eid

---

[168]) Ließt man ältere Urtheile, ſo findet man dieſen Widerſpruch oft auffallend ausgeſprochen. Z. B. bei Tabor de tortura et indiciis delictorum. Giessae 1648. 4. S. 332. „Die übrigen — bekanntlich N. N. N. wenn ſich dieſer mit einem abſonderlichen Eide purgiren kann, daß er nicht ꝛc. werde nach geleiſteter Urphed und Erlegung der Koſten, auch

gar nicht zu fordern. Das Reſultat bleibt nehmlich, wie die Sache ſich jetzt geſtaltet hat, nur eine vorläufige Freiſprechung — wenn gleich in der Urtheilsformel dieſes nicht ſo ausgedrückt wird, ſo iſt es doch der Fall — und dieſes kann auf eine einfachere, minder gefährliche Weiſe erlangt werden.

Anſichten der Neuern ꝛc.

§. 33.

Dieß iſt nun auch ſo ziemlich die Meinung der Neuern, welche ſich entweder gegen die Anwendung des Eides bei Gerichten überhaupt, oder wenigſtens in Criminalſachen erklärt haben [169]). Daß die Lehrbücher deſſelben gedenken, iſt in ſofern nicht unrecht, als er, aller Beſchränkung ohnerachtet, doch noch immer praktiſch iſt, und in einer auf geſchichtliche Grundlage gebauten Darſtellung unſeres Beweisverfahrens darf er nicht übergangen werden. Aber leider vermißt man dieſe gewöhnlich, und daher nimmt ſich dieſe bloß praktiſch, oder politiſch aufgefaßte Behandlung häufig in den Syſtemen ſo unangemeſſen aus. Schon die faſt überall gleichmäßig vorkommende Definition: „einer von dem Angeſchuldigten abgelegten eidlichen Verſicherung ſeiner Unſchuld" — (abgeſehen davon, daß ſie nicht erſchöpfend iſt, denn der Eid kann ſich auch nur auf ein

---

ernſtlicher Verwarnung, ſich ins künftige vor dergleichen That-Handlungen, bei Vermeidung ernſtlicher Strafe zu hüten, der Haften entlaſſen, und hiemit auf freien Fuß erkennt und geſtellet iſt. R.V."

[169]) Mittermaier's Handbuch des peinlichen Prozeſſes. 2r Bd. Heidelberg 1812. S. 421. ꝛc., und die Not. a. angeführten Schriften.

beſonderes Merkmal des Thatbeſtandes beziehen, z. B. wenn nur die böſe Abſicht abgeleugnet wird) — die freilich an ſich nicht unrichtig iſt, ſteht im Widerſpruch mit der weitern Behandlung, z. B. dem Erforderniß eines halben Beweiſes, nicht nur des objektiven Thatbeſtandes, ſondern auch in Anſehung der Urheberſchaft des Angeſchuldigten, und mit der Stellung bei den Mitteln der Erlangung eines Geſtändniſſes. Man kann auch für dieſe mehrmals gerügte Stellung nicht geltend machen, daß ſie durch Tradition gewiſſermaßen dogmatiſcher Grundſatz geworden ſey. Denn das Syſtem muß ſich durch innere Gründe, nicht durch Irrthum und Autoritäten beſtimmen. Wäre aber dieſes richtig, ſo müßte, neben der Territion und der Tortur, die Definition des Reinigungs-Eides, oder die Auferlegung derſelben, begreiflich, bei der Vermuthung der Schuld — ganz anders lauten, als es jetzt der Fall iſt [170].

Erörterung ꝛc.

§. 34.

Es liegt außer dem Plane dieſer Abhandlung, in die

---

[170]) Vgl. Mittermaier Theorie des Beweiſes ꝛc. Darmſtadt 1821. S. 487. ꝛc. Stübel Criminal-Verfahren. §. 1248. ꝛc. Martin Lehrbuch des Criminal-Prozeſſes. §. 111. Bauer Grundſätze des Criminal-Prozeſſes. §. 204. ꝛc. Mittermaier Strafverfahren. Heid. 1827. Th. II. §. 177. 178. Quiſtorp Grundſätze des deutſchen peinl. Rechts. Th. III. §. 756. ꝛc., und die daſelbſt angeführten Schriften. Feuerbach Lehrbuch ꝛc. §. 598. ꝛc. Grolman's Grundſätze ꝛc. §. 505. Salchow Lehrbuch ꝛc. §. 601. Tittmann's Handbuch. Th. III. §. 863. ꝛc.. G. J. F. Meister principia etc. ed. VII. §. 433. vgl. mit §. 393. Ueber das Verfahren ſ. G. H. Hodermann Lehrbuch des peinl. Rechts. Leipzig 1801. Th. II. §. 1213. ꝛc. und Formular ꝛc. S. 487—501.

einzelnen Controverſen einzugehen, die noch jetzt wenigſtens in der Theorie herrſchen, und deren Löſung ſich großentheils von ſelbſt ergeben würde, wenn man die begriffsmäßige und durch die ſpätere Geſchichte unterſtützte Bedeutung des Reinigungs-Eides nicht einer willkührlichen, und, wie die Erfahrung lehrt, zweckloſen Anſicht perplert hätte. Wir wollen nur zum Schluß einige neuerlich vorgekommene Fälle beleuchten, in denen auf Reinigungs-Eid erkannt worden iſt, und einige Bemerkungen mit der Betrachtung verbinden.

Den erſten Fall entnehme ich aus den durch von Bothmer mitgetheilten Criminal-Rechts-Sprüchen der Juſtiz-Canzlei zu Zelle [171]).

Ein des Verbrechens der Nöthigung Angeklagter, hatte im erſten Verhör die ganze Handlung geleugnet, im zweiten, die ſinnliche Befriedigung zugeſtanden, aber Gewalt gebraucht zu haben, geleugnet, im dritten endlich die Gewaltanwendung eingeräumt. Nachher widerrief er jedoch dieſes Geſtändniß, behauptete, gegen die ſeinen Wünſchen nicht abgeneigt geweſene Ehefrau des L... der Gewalt gar nicht bedurft, und jenes Geſtändniß, nur durch Drohungen und Zureden des Gefängnißwärters bewogen, abgelegt zu haben. Eine Confrontation führt zu keinem andern Reſultat... „In dieſer Lage der Sache, heißt es, wurde dem Angeſchuldigten der Reinigungs-Eid auferlegt, und er nach deſſen Ableiſtung, wegen doppelten Ehebruchs (er war ſelbſt gleich-

---

[171]) In Hitzig's Annalen der deutſchen und ausländiſchen Criminal-Rechts-Pflege. Zwölftes Heft. Berlin 1830. S. 272—274.

falls verheirathet), mit einjähriger Zuchthausſtrafe belegt."

Wenn man in der neuern Praxis den Reinigungs-Eid zu beſchränken ſtrebt, ſo muß es doppelt auffallen, hier von demſelben Gebrauch gemacht zu ſehen, wo derſelbe offenbar nur einem dringend Verdächtigen Veranlaſſung geben mußte, durch eine neue Schuld, die frühere zu entfernen. Ohnedem war doch auf jeden Fall, wegen des zugeſtandenen doppelten Ehebruchs, auf Strafe zu erkennen, und bei der jetzt herrſchenden milden Anſicht der Praktiker über dieſes Vergehen, könnte durch eine Zuchthausſtrafe von einjähriger Dauer, der Gerechtigkeit Genüge geleiſtet werden; indem ihr Grad ohne Zweifel durch den nicht entfernten Verdacht mitbeſtimmt iſt, ſo daß ein Theil derſelben als eine außerordentliche Strafe erſcheint. Dieſe war, nach den gangbaren Anſichten der Praxis, nur ſtatthaft, wenn man den Widerruf des Bekenntniſſes nicht für hinreichend begründet hielt. Wollte man im Gegentheil denſelben als genügend annehmen, ſo müßte, mit Vorbehalt der verwirkten Strafe des Ehebruchs, Freiſprechung in Anſehung jenes Merkmals erfolgen, welches der Handlung noch den Charakter eines andern Verbrechens verlieh[172].

[172]) Hiemit ſcheint auch der Berichterſtatter einverſtanden, welcher Not. * ſagt: „Die Belegenheit des Falles dürfte wohl eine, wenigſtens vorläufige, Freiſprechung des Angeſchuldigten gerechtfertigt haben." D. h. von dem Verdacht der Nothzucht, und, in der Vorausſetzung, mit der ich übereinſtimme, aus Gründen, die hier nicht weiter zu erörtern ſind, daß nicht, wie die Praxis annimmt, außerordentliche Strafe zu erkennen wäre. Denn ſonſt hätte auch, wenn man, wie es hier heißt, „gegen die Wirklichkeit der verübten Nothzucht Bedenken" hegte, in dieſer Hinſicht völlige Freiſprechung eintreten müſſen.

Wie kam man zu der Anſicht, den Eid aufzuerlegen? War es das Vertrauen an die Rechtlichkeit des Angeſchuldigten, dem durch die verwickelten Umſtände eine Vermuthung der Wahrheit ſeines Widerrufes zur Seite ſtand? Nein, und um ſo weniger, da er doch jedenfalls eines ſchweren Verbrechens, ja ſelbſt eines ſolchen ſchuldig blieb, welches eine Verletzung eidlich gegelobter Treue enthielt, wiewohl die Praxis in dieſen und andern Fällen, die Verletzung der Eidespflicht nicht ſelbſtſtändig ahndet. Es war vielmehr wieder die doppelt ungegründete Anſicht, daß ein Wahrheits-Erforſchungsmittel zu gebrauchen, und daß das Purgatorium ein ſolches ſey.

Es wird zur weitern Begründung meiner Bemerkungen hinreichen, die hierher gehörige Stelle, mitzutheilen:

„Das den Reinigungs-Eid auferlegende Erkenntniß erklärt den Widerruf des früher abgelegten Geſtändniſſes für nicht genugſam motivirt, um dieſes entkräften zu können. Es liege jedoch, lautet es weiter, in dem ermittelten Umſtandes Manches, was gegen die Wirklichkeit einer verübten Nothzucht Bedenken errege. Daher ſey ein medium eruendi veritatem (?) zu verfügen, und hier der Reinigungs-Eid zu wählen, weil der Praxis nach die Nothzucht nur in ſehr ſchweren Fällen mit Todes- oder lebenswieriger öffentlicher Arbeitsſtrafe geahndet werde."

Man kann fragen, wenn die veritas, die man durch jenes Mittel erlangen wollte, und als welche man bei der Annahme, daß der Widerruf nicht genügend begründet ſey, die Schuld betrachtete, — ſich nun durch den Eid, als Nichtſchuld darſtellte, und dieſe

mußte man conſequent annehmen, ſonſt konnte nicht auf das Purgatorium erkennen, was iſt nun mit der Frau des L. geſchehen? Glaubte man dem Eide, wie es, wenn er geleiſtet war, unerläßlich iſt, ſo blieb das Verbrechen des Ehebruchs beſtehen, wegen deſſen der Schwörende auch wirklich verurtheilt wurde, dann war aber auch der andere nothwendig mitſchuldige Theil mit Strafe zu belegen. Schuldlos konnte ſie nur ſeyn, wenn ſie einer überwiegenden Gewalt zum Opfer wurde. Nahm man dieſes, wie es ſcheint, zu ihren Gunſten an, ſo wurde in dieſer Hinſicht der Eid als ein falſcher betrachtet. Hierin liegt unter andern das Widerſprechende, man kann ſagen, Furchtbare, eines Mittels, welches, indem es, die ihm fälſchlich untergelegte Beſtimmung nicht zu erfüllen vermag, die Harmonie zerſtört, die nothwendig einem materiell gerechten Urtheil eigen ſeyn muß. Allemal werden die Bedenken gegen dieſes Mittel vermehrt, wenn es in Fällen angewendet werden ſoll, die nicht den Schwörenden ganz allein betreffen, und ihn gewiſſermaßen mit ſeiner fraglichen That iſoliren, ſo daß dieſe in ſich zuſammenfällt, wenn die Reinigung im wahren und urſprünglichen Sinne erfolgt, — ſondern wo andere Perſonen betheiligt ſind, und in dem Thatbeſtande, abgeſehen von der Perſönlichkeit eines Angeſchuldigten, etwas enthalten iſt, was er durch den Eid nicht zu entfernen vermag. Aeltere Praktiker würden in einem ſolchen Falle vielleicht der L. einen Erfüllungs-Eid auferlegt oder nachgegeben haben, dem ich aber, aus allen bisher gegen den Eid in Criminalſachen geltend gemachten Gründen [173]) eben ſo

---

[173]) Daher kann ich auch der in dem Neuen Archiv des Criminal-Rechts Bd. XII. St. 1. Nro. IV. S. 100. ꝛc. auf-

wenig das Wort reden möchte, hier um ſo weniger, als die Ehefrau des L. ein leicht begreifliches Intereſſe hatte, dadurch die angeblich erlittene Nöthigung zu beſtätigen, um dem Vorwurf des Ehebruchs zu entgehen. Auch iſt in der That der Erfüllungs-Eid, eine Art des Reinigungs-Eides, nicht nur wenn er dem Angeſchuldigten, ſondern auch wenn er dem Ankläger auferlegt würde: da dieſer, auch abgeſehen von einem Falle, wie der vorliegende, wo bei dem Mißlingen des Beweiſes der Anſchuldigung ein ihm ſelbſt zur Laſt fallendes Verge-

---

geſtellten Anſicht von Spangenberg „Ueber die Zuläßigkeit des Perhorrescenz-Eides in Strafſachen" nicht beitreten. Er ſelbſt macht auf den Einwurf aufmerkſam, daß auf die eidliche Verſicherung des Angeſchuldigten kein beſonderer Werth zu legen ſey. (S. 104.) Dieſem ſucht er zu begegnen, indem er ſagt: „Dieſer Grund beweißt um deßwillen nichts, weil man doch kein Bedenken trägt, unter den zuläſſigen Verhältniſſen dem Angeſchuldigten den Reinigungs-Eid zuzuerkennen, und ihn dadurch gleichſam zum eignen Richter in ſeiner Sache zu machen. Behauptet man daher, auf den von dem Angeſchuldigten angebotenen Perhorrescenz-Eid keinen beſondern Werth legen zu können, ſo würde auch auf den Reinigungs-Eid nicht erkannt werden dürfen, da unter der gegebenen Vorausſetzung dann doch auch auf dieſen nicht der mindeſte Werth gelegt werden könnte." Wenn der Perhorrescenz-Eid nur auf jener Vorausſetzung und Grundlage beruht, ſo muß er mit dieſer fallen, und dieſes iſt auch meine Meinung. Vielleicht ließe ſich, unter Umſtänden, jener Eid ſelbſtſtändig vertheidigen, ſo daß man weder nöthig hätte ihn durch die Statthaftigkeit des Reinigungs-Eides zu begründen, noch mit dieſem aufzugeben. Dieß auszuführen iſt hier weder der Ort, noch die Veranlaſſung, bei einer ſo guten Arbeit, wie man ſie von Spangenberg gewohnt iſt. Wäre es aber nicht paſſender, auch den Perhorrescenz-Eid außer Gebrauch zu laſſen, wegen des doch nicht zu leugnenden möglichen Mißbrauches, ohne deshalb der Recuſationsbefugniß ſelbſt andere, als die nothwendigen Grenzen zu ſetzen?

hen vorhanden war, ein Intereſſe hat, nicht als falſcher Ankläger zu erſcheinen, und dieſes büßen zu müſſen.

Fortſetzung.

§. 35.

Zu ähnlichen Betrachtungen veranlaßt folgender Fall [174]: Eine Frau, E., geſtand, mit Hülfe ihres Knechts L. ihren Mann erſter Ehe ermordet zu haben. Das Erkenntniß gegen die E. v. Jahr 1814 lautet: auf Enthauptung und Flechtung des Körpers auf das Rad. L. leugnete ſeine Theilnahme am Mord — behauptete erſt nach der That der E. zu ihr ins Haus gekommen zu ſeyn, und erfahren zu haben, daß der Mann ſich ſelbſt entleibt; die Frau habe ihm zugemuthet, den Leichnam aufzuhängen, — ob er dieß gethan und Hand angelegt, wiſſe er nicht, er ſey ohne Beſinnung geweſen. Was indeſſen durch die Unterſuchung, an Indicien und mittelſt der Ausſagen der E. ermittelt wurde, ſchien dem urtheilenden Gericht hinreichend, um (im Jahr 1816) gegen den L. auf dieſelbe Strafe wie gegen die E. zu er-

---

[174]) S. die Note 171. angeführten Annalen ꝛc. Vierzehntes Hft. S. 292. ꝛc. Die Darſtellung iſt entlehnt aus den Rechtsſprüchen des Ober-Appellations-Gerichts zu Parchim. Herausgegeben von Dr. C. C. F. H. Freiherrn von Nettelbladt, Großh. Meckl. Ober-App. Rath. Bd. 1—3. Berlin 1821—1830. 4to. — Der Berichterſtatter ſelbſt bemerkt S. 294.: „Endlich zeigt er auf eine auffallende Weiſe die Unzweckmäßigkeit des Reinigungs-Eides in ſchweren Criminalfällen.“ Auch wird dieſe ſowohl durch die mitgetheilten Erinnerungen beſtätigt, als auch, eine unbefangene Betrachtung der Geſchichte ſelbſt, die wir nur kurz berühren, und zum Nachleſen empfehlen, dieſe Ueberzeugung wohl bei Jedem hervorbringen wird, dem hierüber ein Urtheil zuſteht.

kennen [175]). Auf weitere Vertheidigung erfolgte das zweite Erkenntniß, welches in Anſehung der E. auf lebenslängliche Zuchthausſtrafe, gegen den L. aber den Reinigungs-Eid verfügte. Wenn dieſer, nach der

---

[175]) Zum beſſern Verſtändniß iſt es nothwendig, etwas ausführlicher zu ſeyn, und folgendes möge daher in der Note Platz finden: „L. hatte, bei der erſten Nachricht von dem Bekenntniß der E., ſich der Arretirung durch die Flucht entzogen. Längere Zeit abweſend, bat er um einen „salvum conductum", den er in der Folge erhielt. Er erzählte in der desfalls übergebenen Vorſtellung: „„daß ihn die E. habe rufen laſſen, um ein Pferd zu curiren. Bei dieſer Gelegenheit von ihr mit Branntwein bewirthet, der vermuthlich mit einem raſenden Spiritus vermengt geweſen, ſey er einem Unſinnigen gleich geworden. Sie hätte ihn ihrem todten Mann gezeigt, gejammert, daß die Leute ſagen würden, ſie hätte ihn umgebracht, und vorgeſchlagen zu erzählen: er habe ſich entleibt. Es ſey ſodann von der E. und ihrem Knecht der Verſuch gemacht, den Leichnam am Fleiſchbaum aufzuhängen. Ob er mit Hand angelegt, wiſſe er nicht, und könne ſeyn, denn er habe ſeine Beſinnung nicht gehabt, und nicht gewußt, daß er Gottes Gebot übertrete. Als er nüchtern geworden, habe er ſich entſetzt, bei der Greuelthat geweſen zu ſeyn, Gott um Vergebung gebeten, aber keinem Menſchen etwas davon geſagt, ſelbſt ſeiner Frau nicht."

„Vor dem Criminal-Collegio geſtand er ein, daß die E. ihm mehrere Male Mordanträge und das Geſtändniß einer verſuchten Vergiftung gemacht, er dieſe aber ſtets zurückgewieſen, und ſie, davon abzuſtehen, ermahnt habe. Am Michaelistage 1808 wäre er zu ihr gerufen, der Antrag erneuert und abgeſchlagen (worden). Indeß habe die E. ihn in das Haus gezogen, und nachdem ſie ihm zwei Schluck Branntwein gegeben, ſey er ganz verwirrt geworden, und wiſſe gar nicht, was in dem Hauſe vorgegangen ſey, und ob er Hand an den Mann gelegt habe oder nicht." — „Bei der Confrontation blieben beide Inquiſiten ihren widerſprechenden Ausſagen getreu. Ein ärztliches Gutachten erklärte es für unmöglich, daß jemand durch zwei Schluck Branntwein, wenn ſie auch vermiſcht waren, in einen ſolchen ſonderbaren, bewußtloſen und doch einzelne Erinnerungen zulaſſenden Zuſtand, als L. angegeben habe, gerathe."

biſherigen Mittheilung der, zum Theil durch die Erklärung des Inquiſiten ſelbſt beſtätigten hohen Verdachtsgründe bedenklich erſcheinen mußte, wenn man erwägt, daß das erſte Urtheil die Todesſtrafe verhängt hatte, und daß alſo die Auferlegung oder Zulaſſung des Purgatoriums den Angeſchuldigten in eine Alternative verſetzen mußten, möglicherweiſe auch ein minder provirtes Individuum in Verſuchung gerathen konnte, wider beſſeres Wiſſen den Eid zu leiſten; ſo frägt man billig, was konnte in einem Falle, wo ein anderes Gericht ſogar den Beweis der Schuld vollſtändig zur Verurtheilung in die ordentliche Strafe angenommen hatte, das Urtheil motiviren, einen in den Entſcheidungsgründen als ſehr verdächtig bezeichneten Inquiſiten zur Reinigung durch ein Vertrauen auf ſeine Achtung vor dem Eide zu laſſen? Etwa dieſe letzte geiſtige, durch alle Umſtände unterſtützte Vermuthung? Oder deſſen Reinheit? Oder, wenn das nicht der Fall war, die Meinung, ein Mörder, der es ſo weit kommen ließ, werde, ſtatt den Eid zu leiſten, lieber bekennen," und die Todesſtrafe über ſich herbeiführen? — Es war wieder die gerügte falſche Anſicht eines Wahrheits-Erforſchungsmittels, welches man, in Ermangelung der Folter, allein für zuläſſig hielt, da man ſich nicht für ermächtigt erachtete, auf eine außerordentliche Strafe, oder Sicherheitsmaaßregel bei unvollkommener Beweiſung zu erkennen. Daß ich dieſer letzten Anſicht zugethan bin, und daß, wie die Sache jetzt bei uns ſteht, hier eine Unvollſtändigkeit bleibt, habe ich mehrmals erklärt, aber der Reinigungs-Eid rechtfertigt dieß nicht, der hier durchaus nicht hätte

erkannt werden ſollen [176]). Damit iſt auch der Berichterſtatter einverſtanden, welcher, neben der Bemerkung, daß hier, wo ein ſehr ſchweres Capitalverbrechen vorlag, und der Inquiſit in den Akten als ein gefährlicher Menſch erſchien, entſchieden ausſpricht: „Dazu kommt, daß der Reinigungs-Eid die erwieſenen Thatſachen gar nicht entkräften konnte [177]).“ Darf man ſich nun wundern, daß, nachdem dieſer Eid abgelegt war, die E. ihre ſämmtlichen Geſtändniſſe widerrief,

---

[176]) In den Entſcheidungsgründen heißt es: „Da ferner bei der Aufhebung der Tortur im Großherzogthum Mecklenburg (16. Dez. 1769) dem Richter nirgends nachgelaſſen worden iſt, ſtatt der Tortur eine außerordentliche Strafe zu verhängen; ſo bleibt in einem Falle dieſer Art, und ſo blieb uns in dem vorliegenden Falle nichts übrig, als auf das, dem gemeinen deutſchen Rechte nach zuläſſige Mittel zur Erforſchung der Wahrheit, den Reinigungs-Eid zu erkennen. Je ſchwerer übrigens der gegen den Inquiſiten obwaltende Verdacht allerdings iſt, deſto mehr haben wir uns bewogen gefunden, den zuerkannten Reinigungs-Eid mit angemeſſenen Feierlichkeiten zu umgeben.“

In der Note * S. 314. wird die, wie mir ſcheint, richtige Bemerkung gemacht, daß die erhöhten Feierlichkeiten (Publicität ꝛc.) bei einem Verbrecher, der es ſo weit kommen ließe, und bei dem alle Ermahnungen vergebens waren, ihren Zweck verfehlten. „Neben der Furcht der Strafe wirkt die vor der Schande darauf hin.“

[177]) Es wird nun weiter S. 328. ꝛc. ausgeführt, was alles erwieſen war, und etwas Bedeutendes mußte doch wohl erwieſen ſeyn, wenn vorher ein Todesurtheil gefällt werden konnte. Der Inquiſit, der ſich reinigen ſollte, hatte geſtanden: „Habe ich an den Bauern Hand angelegt, oder nicht, das weiß ich nicht;“ und an einem andern Orte: „Gott weiß, es kann geſchehen ſeyn, denn ein von Geſöff voller Menſch weiß nicht, wenn er Gottes Gebot übertritt.“ — Und dieſe Bewußtloſigkeit iſt von den Sachverſtändigen für unmöglich ausgegeben worden.

und der L., um die Sache auf die Spitze zu treiben, ſogar auf eine Ehrenerklärung antrug? Beide wurden zwar damit, und mit Recht abgewieſen, aber die oben bezeichnete Disharmonie findet auch hier ſich nicht gelöſt [178]). Dies führt ſchließlich zu einem andern Rechtsfalle, mit welcher wir dieſe Betrachtung ſchließen.

Schluß.

§. 36.

Eine bejahrte vermögende Wittwe hatte ſeit vielen Jahren eine Kammerdienerin, welche nebſt ihrer Schweſter dieſelbe bei ihrer anhaltenden Kränklichkeit pflegte. Auch eine dritte Schweſter, die verheirathet war, hatte Zutritt im Hauſe, und war mit allen Verhältniſſen wohlbekannt. Die Dienerin, welche wir A. nennen wollen, bemühte ſich vergebens, die Frau, von der ſie bereits viele Wohlthaten erfahren hatte, zu beſtimmen,

---

[178]) Rückſichtlich der E. heißt es in den letzten Entſcheidungsgründen: „Endlich will die Defenſion noch aus der Freiſprechung des L. praestito purgatorio, eine Unwahrheit ihrer Geſtändniſſe herleiten. Bewieſen iſt durch das purgatorium nichts," — (das iſt eben der Grund, warum man es nicht zulaſſen mußte) — „nur für und wider L. iſt dadurch formelles Recht entſtanden. Wäre die Unwahrheit wirklich bewieſen, ſo würde die Schuld der Inquiſitin noch durch den Zuſatz der Verläumdung erhöhet, wenn auch die Talion nicht anwendlich würde. So fern ihr Geſtändniß durch L.'s Eid unwahrſcheinlich wird, entſteht dadurch der Verdacht noch größerer Schuld der Inquiſitin." Das weiter mitzutheilende Beiſpiel enthält einen Fall, wo durch den Reinigungs-Eid des einen Mitſchuldigen, ſo fern er richtig wäre, nicht nur jene Vergrößerung der Schuld des andern nicht eintrat, ſondern auch deſſen Schuld, ohnerachtet ſie geſtanden war, unmöglich war, ſo daß nothwendig der Eid falſch ſeyn oder die Andern ein unwahres Bekenntniß abgelegt haben mußten.

zu ihren Gunſten letztwillig zu verfügen. Als jedoch nach dem Tode der Wittwe ein Teſtament eröffnet wurde, in welchem neben dem Sohn dieſelben, hauptſächlich die Kammerdienerin A. bedacht war, veranlaßte die Behauptung des erſtern, es ſey ein unächtes Teſtament untergeſchoben, eine Unterſuchung, welche die Wahrheit dieſes Verdachts beſtätigte. Die Schweſter der A., die B., hatte die Rolle der Wittwe geſpielt, und ſtark verhüllt in einem Bette hinter einem Bettſchirm liegend, von einem wahrſcheinlich getäuſchten Notar und von ſieben Zeugen, die durch Stand und Verhältniſſe der Wittwe fremd waren, und dieſelbe nicht kannten, das vorher auf Beſtellung entworfene Teſtament genehmigt, und wegen angeblicher Schwäche, ſtatt der Unterſchrift nur mittelſt Kreuzen vollzogen. Dabei war die andere Schweſter, verehelichte C., hülfeleiſtend, um die nöthigen Anſtalten zu treffen, anweſend geweſen; während die A. bei der in einem andern Theile des Hauſes ſich aufhaltenden, ſchon ſchwer kranken Frau ſich befand. Die Unterſuchung, welche in Anſehung der A. und B. vor dem competenten ordentlichen Gerichte, der C. aber, die durch ihre Verheirathung mit einem Militairarzte, deſſen Gerichtsſtand unterworfen war, vor einem gemiſchten Gericht geführt wurde, führte nicht nur zur unzweifelhaften Ermittelung ſolcher Umſtände, welche den Betrug als rechtlich erwieſen darſtellen mußten, ſondern auch zu wiederholten Geſtändniſſen der A. und der B., welche letztere insbeſondere umſtändlich angab, wie ſie die Perſon der Wittwe vorgeſtellt habe. Dagegen war die verehelichte C., welche bei der Handlung zugegen geweſen, nicht zum Geſtändniß zu bewegen, ſondern beharrte, auch in der Gegenſtellung darauf, daß Teſtament ſey nicht

untergeſchoben, von ihr kein Betrug verübt, und die im Bette befindlich geweſene Teſtatrix, die fragliche Wittwe ſelbſt, nicht ihre Schweſter geweſen.

Ueber die Inculpatinnen, wurde demnächſt von verſchiedenen Gerichten das Urtheil geſprochen, welches in Anſehung der A. und B. auf Freiheitsberaubung lautet; der C. aber war, durch das dem Militairgericht vorgeſetzte Spruchcollegium der Reinigungs-Eid auferlegt worden. Alles was bisher gegen die Zuläſſigkeit deſſelben erinnert worden, trat auch in dem vorliegenden Falle ein, wo es nach den erwieſenen Thatſachen und den Geſtändniſſen, namentlich der B., welche ſich für die Wittwe ausgegeben, nicht nur höchſt bedenklich, ſondern meiner Ueberzeugung nach ganz unzuläſſig war, der C. einen Eid nachzulaſſen, durch welchen ſie erhärtete, in dem Bette ſey nicht die B., ſondern die Wittwe ſelbſt geweſen, und das Teſtament ſey daher ächt.

Wenn das Purgatorium, neben den erwähnten Vermuthungen, eine Geſinnung, die der Eid nothwendig vorausſetzt, gebilligt werden könnte, ſo wäre es in Fällen, die lediglich das Verhältniß des Schwörenden betreffen, aber nicht in ſolchen, wo derſelbe Thatbeſtand unzertrennlich von perſönlichen Beziehungen, und wo dieſe bereits rechtlich hergeſtellt iſt. Den auf den Grund dieſes Beweiſes und ihrer eignen Geſtändniſſe verurtheilten Schweſtern konnte es nicht entgehen, daß ihre Sache eine andere Wendung erhalten müßte, wenn jener Eid, deſſen Thema auf jeden Fall zu weit geſtellt war, geleiſtet und als wahr angenommen würde. Es iſt alſo auch hier, wie im vorigen Falle erklärlich, daß ſie durch Widerruf ihrer frühern Geſtändniſſe, in Uebereinſtimmung mit ihrer freigeſprochenen Schweſter

den

den Betrug und den Grund der Anſchuldigung, als nicht vorhanden darzuſtellen ſich bemühten, und der Verfaſſer der weitern Vertheidigung hätte, in dieſer Anſicht conſequent, alles aufgeboten, was zur Vermeidung des zum Vorſchein gekommenen Widerſpruches dienen konnte. Das zweite Erkenntniß erklärte, bei dem vorhandenen zuſammengeſetzten Beweiſe, den Widerruf für ungegründet, und beſtätigte das erſte Urtheil gegen die A. und B., und auf nochmalige Vertheidigung wurde eben ſo von unſerer Facultät erkannt. Dieſe drei Erkenntniſſe ſind, was hier auszuführen, weder die Zeit, noch der Ort erlaubt, gerechtfertigt, und, wie einmal die Anſicht über den Reinigungs-Eid feſtſteht, unterliegt es keinem Zweifel, daß gegen die rechtlichen Beweiſe der Schuld der A. und B. das Purgatorium der C., welches nur ſie ſelbſt betrifft, und wie man ſagt, nur für ſie formelles Recht begründet, nicht in Betracht kommen durfte. Allein, man wird wohl zugeben, daß dieſer formelle Grundſatz nicht geeignet iſt, dem rechtlich geſinnten Beurtheiler eine genügende Beruhigung zu gewähren. Durch den Eid war ein weſentlicher Umſtand, daß nehmlich die Frau ſelbſt, und nicht eine andere Perſon an ihrer Stelle, teſtirt habe, bekundet, ein Umſtand, der, wenn er als wahr angenommen wurde, — und dieſer Eid ließ keine Trennung zu, wonach ein Theil deſſelben als falſch, der andere als richtig angeſehen werden durfte, was überhaupt nicht anginge, — das ganze Verbrechen aufheben mußte. Hatte die C. recht geſchworen, und wurde ſie freigeſprochen, ſo konnten, wie die Sache lag, auch ihre Schweſtern nicht ſchuldig ſeyn, und deren Widerruf war gegründet. Stand aber deren Schuld und das Daſeyn des Verbrechens, des Wider-

rufes ohngeachtet, feſt, ſo konnte jener Eid nicht der Wahrheit gemäß geleiſtet ſeyn. Nun hat allerdings die Praxis angenommen, daß der Eid eine ſ. g. formelle Wahrheit nur in Anſehung des Schwörenden begründe. Allein dieſer Anſicht läßt ſich, glaube ich, folgendes entgegenſetzen.

Das Princip der formellen Wahrheit findet im Criminal-Recht und Prozeß nur ſehr beſchränkt und nicht in dem Sinne ſtatt, die derſelben im bürgerlichen Rechtsſtreit auf den Grund des Verzichts und des Vertrages beigelegt wird, wovon mit beſonderer Anwendung auf den Eid, in der Einleitung geſprochen worden iſt. Jedenfalls kann, von dem Gelten einer bloß formellen Wahrheit, d. h. welche nicht zugleich als ſ. g. materielle Wahrheit erſcheint, oder richtiger, eben nur als Wahrheit — dann nicht die Rede ſeyn, wenn die auf anderem Wege ausgemittelte (materielle) Wahrheit damit im Widerſpruch ſteht. Nun iſt aber ſelbſt der Eid nicht in dem Sinne definitiv zur unumſtößlichen Rechtskraft geeignet, als ſpäter oder früher ſich die Unrichtigkeit deſſelben darthun läßt. Im Criminal-Prozeſſe, ſo fern er, wie es nach dem Unterſuchungsprincip der Fall iſt, von Amtswegen im Intereſſe der Wahrheit und des Rechts geführt wird, iſt es eine Pflicht des Richters, Alles, was zu einer gerechten Beurtheilung vorausgeſetzt wird, möge dieſes die Schuld oder das Gegentheil betreffen, alſo überhaupt die Wahrheit durch ſeine eigne, umſichtige Thätigkeit mit Benutzung aller ihm durch die Eigenthümlichkeit des Falles und die Umſtände dargebotenen Mittel gehörig, und ſo herzuſtellen, daß eine Uebereinſtimmung des formellen Spruchs mit dem materiellen Rechte die Wahrheit ſtatt finde. Man mag der Strafe

einen rechtlichen, oder politiſchen Grund unterlegen, und letztere beſtimmen wie man wolle, nirgends kann ſich ein Grund oder ein Intereſſe nachweiſen laſſen — nach bloß formellen Rückſichten zu verurtheilen, oder loszuſprechen — ſondern ſtets ſoll das Recht ſich ſelbſt geltend machen. Wir geben zu, daß hier, z. B. bei dem ſ. g. unvollkommenen Beweiſe, der Indicien ꝛc. Mangel eintreten, die uns in Verlegenheit ſetzen; aber folgt daraus, daß wir in dem erkannten Mangel und Irrthum beharren dürften, und nicht vielmehr das Beſtreben darauf zu richten haben, den Mangel zu beſeitigen, auf eine rechtliche Weiſe, und den gordiſchen Knoten nicht zu zerhauen, ſondern wo möglich zu löſen?

Wenn man nun folgerecht an dem Grundſatz feſthält, daß im Unterſuchungsprozeſſe der Richter nicht nur für den Beweis von Amtswegen zu ſorgen habe, ſondern daß auch, in jedem Falle, wo die Gewißheit oder hohe Wahrſcheinlichkeit eines begangenen Verbrechens, vorliegt, ſeine amtliche Thätigkeit in Anſpruch genommen werde, um zu unterſuchen, ob Grund zur Einleitung eines Verfahrens vorhanden ſey, müßte dann nicht hier — da man kein Bedenken trug, auf den Reinigungs-Eid zu erkennen, entweder die Unterſuchung darauf gerichtet werden, die Wahrheit, daß das Verbrechen nicht verübt ſey, herzuſtellen, oder im Gegentheil den falſchen Eid rechtlich zu ermitteln? Und kann man ſich im Ernſt mit dem formellen Rechte abfinden, und dieſelbe Thatſache zugleich für wahr, und für nicht wahr, ihr Daſeyn und das Gegentheil annehmen?

Freilich darf man annehmen, dieſer Widerſpruch wäre nicht in dem Grade auffallend hervorgetreten, wenn über ſämmtliche Inculpaten von einer und derſelben

Behörde geurtheilt worden wäre, weil dann eine ungetrennte Würdigung des Zuſammengehörigen, gewiß nicht ein Urtheil auf das Purgatorium geſtattet haben würde; allein dieß iſt doch nicht der einzige Grund, der hier Bedenken erregt.

Wie könnte alſo, mit Ausſchließung des Purgatoriums, in allen Fällen, wo daſſelbe nicht geeignet wäre allen Verdacht zu entfernen, wo alſo entweder auf die That und auf etwanige Mitſchuldige, der Umſtand, daß ſich Jemand frei ſchwört, keinen Einfluß hat, oder wo mit dem ſubjektiven Thatbeſtand und der Urheberſchaft das ganze Verbrechen wegfällt, ſo fern es nur einer Perſon allein zur Laſt gelegt iſt, dieſes höchſtens in dem Sinne des canoniſchen Rechts billigen, wo es darauf ankäme, einer Vertrauen verdienenden, durch ihre Verhältniſſe achtbaren Perſon, die den Verdacht einer Uebertretung nicht gänzlich abzuweiſen vermochte, gegen die es aber auch an dringenden Verdachtsgründen fehlt, den Vortheil einer gänzlichen, ſtatt einer bloß vorläufigen Freiſprechung zu gewähren, indem man ihr Gelegenheit gebe, ſich vollſtändig zu reinigen. Damit ſtimmt allerdings die Praxis nicht überein, welche von der Verurtheilung der Schuld ausgeht [179]), und daher dringenden Verdacht vorausſetzt, ſelbſt einen beſtimmten Grad des Beweiſes, der ein Wahrheitserforſchungsmittel und geiſtigen Zwang rechtfertigen ſoll. Aber dieſe Vorausſetzung widerſpricht dem urſprünglichen Sinne des Eides, und der Sache ſelbſt; und eben jene Annahme der ſpä-

---

[179]) Welche daher auch nur vorläufig freiſpricht, wenigſtens der Sache nach, ſich immer die einer Einleitung und Fortſetzung der Unterſuchung vorbehält. Grade deshalb könnte auch dieſes Ziel kürzer erreicht werden.

tern und neuern Praxis macht, daß allemal ſolchen Perſonen der Eid auferlegt wird, und in ſolchen Fällen, wo man der Meinung iſt, der Verdächtige ſey ſchuldig, und werde den Eid verweigern. Da nun dieſe angebliche Folter ſich nach der Erfahrung, der Regel nach, vergeblich zeigt, da nehmlich der Eid, wie dieſe und unzählige Beiſpiele lehren, dennoch geleiſtet [180]) wird, und daher

---

[180]) Stübel a. a. O. §. 1257. ſtellt, unter allen Neuern hierüber die am meiſten zu rechtfertigenden Anſichten mit Rückſicht auf die ſächſiſche Praxis auf. Nur im Einzelnen ſeiner Ausführung kann ich ihm vielfach nicht beiſtimmen. Aber, was er a. a. O. treffend gegen die gewöhnliche Grundanſicht bemerkt, darf ich als eine bedeutende Autorität hier geltend machen: „Der Reinigungs-Eid iſt bloß zufällig und indirekt eine Abnöthigung des Bekenntniſſes." — „Dieſe Nöthigung iſt aber nicht Hauptzweck der Auferlegung eines Reinigungs-Eides. Iſt im Gegentheil der Richter überzeugt, daß ein Inculpat denſelben mit gutem Gewiſſen **nicht** ſchwören könne, ſo wird dieſer dazu nicht gelaſſen." — Mit Recht beruft er ſich auch darauf, daß die Zuläſſigkeit zu dem Eide von jeher die Wahrſcheinlichkeit einer wahrhaften Ausſage vorausſetzte. In den Königl. Sächſ. Gerichten ſoll ein Inculpat, von dem zu befürchten iſt, daß er falſch ſchwören möchte, zu dem Reinigungs-Eide nicht gelaſſen werden. Reſolution v. 30. Juni 1717 in C. A. T. I. S. 1875. — Die Anſicht, daß die Ableiſtung des Eides der Ehre nachtheilig ſey, wie unrichtig ſie auch, im Verhältniß zu dem urſprünglichen Inſtitut ſey, iſt mit der jetzigen Praxis freilich nicht unvereinbar, denn, wenn der Eid, gegen ſeine Beſtimmung da auferlegt wird, wo ein unzweifelhafter Uebelthäter Gelegenheit zum Falſchſchwören erhält, da wird ſich die Stimme des Volks durch jenes formelle Recht nicht zum Schweigen bringen laſſen. Geht man dagegen wieder von der wahren Bedeutung aus, ſo hat Stübel §. 1270. richtig erinnert: „Die Verurtheilung in den Reinigungs-Eid vermindert den guten Ruf eines Inculpaten, ſo wie die wider ihn angeſtellte Criminalunterſuchung überhaupt, **nur in ſofern**, als ſie den Verdacht eines begangenen Verbrechens vorausſetzt." §. 1273.: „Durch die Auferlegung eines Reinigungs-Eides an ſich, wird alſo ein Inculpat, der denſelben mit Wahrheit leiſten kann, nicht be-

eine Losſprechung erfolgen muß, wäre es nicht ſicherer, dieſes Reſultat, wenn man es doch nicht vermeiden kann [181]), eintreten zu laſſen, ohne die Gefahr eines

ſchwert." — Nur dieß läßt ſich erinnern, daß wie in den entgegengeſetzten Vorausſetzungen der Schuld und eines geiſtigen Zwanges zum Geſtändniſſe der Eid eben ſo gefährlich, als meiſtens zwecklos ſey, ſo umgekehrt, er bei der Annahme der Unſchuld und Gewiſſenhaftigkeit, um ſo leichter entbehrlich ſey.

[181]) Hiezu kommt noch, daß ſelbſt auf den abgelegten Eid, doch nicht mehr Gewicht gelegt wird, als daß er eine vorläufige Losſprechung begründet, die auch da eintritt, wo man ſonſt auf dieſen Eid erkannt haben würde, es aber ſeit der Aufhebung deſſelben nicht mehr thun darf. Vgl. Not. 179. und das Kurfürſtl. Sächſ. Generale v. J. 1783. §. 17.: „Wenn einem Angeſchuldigten der Reinigungs-Eid zuerkannt worden: ſo hat der Richter in dem Termine den Schwörenden zu bedeuten, daß der Eid das Verbrechen nicht tilge; ſondern wenn ſich deshalb künftig neue Anzeigen ereigneten, er nach Befinden wiederum in Haft gebracht, und ſein Prozeß von Neuem vorgenommen, auch ſodann die Beſtrafung des Verbrechens, wegen des dazu gekommenen Meineides geſchärfet werden würde." Dieſe Beſtimmung iſt, nach der neuern Praxis, und der Art, wie dieſe das Purgatorium erkennt, zwar conſequent, und zwar um ſo mehr, als, der richtigen Anſicht nach, auch ohne die Vorausſetzung eines Reinigungs-Eides, ſpäter gegen den Freigeſprochenen, deſſen wahre Unſchuld nicht erwieſen war, ſondern nur nicht die Schuld erwieſen, der alſo nur klagefrei oder ſtraflos erkannt wurde, die Unterſuchung wegen neu ſich ergebender Gründe wieder aufgenommen werden kann und ſoll, da, gegen die Wahrheit nicht eine Rechtskraft abſolutoriſcher Erkenntniſſe behauptet werden darf. Indeß ſtimmt doch dieſe Verordnung in Anſehung des Reinigungs-Eides nicht überein mit dem was Not. 180. nach Stübel von der ſächſiſchen Praxis bemerkt iſt. Ich habe kein neueres Beiſpiel gefunden, wo hinterher, gegen den Schwörenden, eine neue Unterſuchung wegen des frühern durch Eid abgelehnten Verbrechens, und wegen des Meineides ſelbſt eingeleitet worden wäre. Wenn jedoch dieſer Fall vorkäme, ſo könnte, nicht allgemein, wie das Generale befiehlt, eine bloße Schärfung der Strafe des erſten Verbrechens, wegen dieſes Meineides, erkannt werden, ſondern es

neuen groſsen Verbrechens durch die ſchwere Verſuchung zum Meineid herbeizuführen, und die Gerechtigkeit in Widerſpruch mit ſich ſelbſt zu bringen? Und iſt dieſs nicht doppelt zu beherzigen, in einer Zeit und bei Perſonen, wo die Achtung vor der Heiligkeit des Eides ſo geſunken iſt, daſs alle neuere Geſetzgebungen denſelben, in ſo weit ihn der Angeſchuldigte in eigner Sache leiſten ſoll, verbieten?

---

müſsten die Grundſätze der Concurrenz von Verbrechen zur Anwendung kommen, und dann kommt es auf die Beſchaffenheit des Verbrechens, und auf die Art der nebeneinander auszuſprechenden Strafen an, ob die Folge eine bloſse Schärfung, oder eine Verbindung mehrerer Strafen ꝛc. ſeyn wird; und welche weitere Rückſichten bei der Vollſtreckung in Betracht kommen.

Zweite Abhandlung.

Verſuch einer geſchichtlichen Begründung der Lehre von dem ſ. g. ſichern Geleite.

Zu den Lehren des ſtrafrechtlichen Verfahrens, welche in ihrer jetzigen Geſtalt ganz iſolirt erſcheinen, und wie man ſie meiſt vorgetragen findet, der hiſtoriſchen Grundlage entbehren, gehört die von dem ſ. g. ſichern Geleite (salvus conductus). Mag es auch ſeyn, daß der Verſuch, einen geſchichtlichen Anknüpfungspunkt zu finden, in ſofern unbelohnend erſcheinen werde, weil man am Ende zugeſtehen müßte, daß, wenn auch die urſprüngliche Bedeutung dieſes Mittels, falls es gelänge, dieſelbe feſtzuſtellen, eine andere wäre, als die demſelben jetzt in der Praxis beigelegte, doch letztere ihren ſelbſtſtändig anerkannten Charakter habe, der durch die Herſtellung des geſchichtlichen Zuſammenhanges nicht mehr geändert werde — für die Wiſſenſchaft bleibt ein ſolcher Verſuch immer eine paſſende Aufgabe. Es bedarf, nachdem die oft einſeitigen und ungegründeten Vorwürfe

gegen die hiſtoriſche Behandlungsweiſe theils widerlegt, theils zurückgenommen worden ſind, keiner Bemerkung, daß dadurch nicht gemeint werde, das Veraltete an die Stelle des Geltenden zu ſetzen, es iſt im Gegentheil der wahren hiſtoriſchen Methode eigen, daß ſie auch in der neuen Geſtaltung die innere Nothwendigkeit anerkennt, wodurch dieſe auf Geltung Anſpruch hat; aber ſie will die Gründe und den Zuſammenhang erkennen, weil es unbeſtreitbar iſt, daß, wo nicht bloße Willkühr der Geſetzgebung ſtatt fand, nirgends ein plötzlicher Sprung, weder in der Natur, noch in der Geſchichte, noch im Rechte vorkommt, ſondern ein mehr oder minder auch der äußern Wahrnehmung ſich darſtellender innerer Uebergang, der den veränderten Verhältniſſen und den Zeitanſichten und Bedürfniſſen entſpricht, welche die Wiſſenſchaft, die Praxis und die Geſetzgebung, jede in ihrer Weiſe und in ihrem Gebiete aufzufaſſen haben.

Es wird ſich alſo ein dreifaches Reſultat als möglich ergeben: Entweder die geſchichtliche Vermittelung trägt zur richtigen Würdigung, zum beſſern Verſtändniß des noch Anwendbaren bei, dann wird ſich die jetzt zu Tage geförderte Wahrheit auch praktiſch äußern dürfen und müſſen, wenn dieß gleich oft nicht anders der Fall ſeyn wird, als nach einem Kampfe mit der herrſchenden praktiſchen Anſicht, deſſen Ausgang ſogar zweifelhaft ſeyn kann. Es wird hier vornehmlich auch darauf ankommen, wie fern ſelbſt unrichtige Anſichten und Mißverſtändniſſe durch die lange Beobachtung in der Praxis, eine dogmatiſche Bedeutung erlangt haben, und wie ſie, in viele andere damit zuſammenhängende Rechtsverhältniſſe im größern oder geringern Grade eingreifen. Beiſpiele liefert am meiſten die neuere, den Quellen wieder

mehr zugewandte Behandlung des römiſchen Rechts, beſonders im Privatrecht und dem bürgerlichen Prozeß; die Lehre vom Beſitz und Eigenthum, den Interdikten und den poſſeſſoriſchen Rechtsmitteln [1]. Oder das Reſultat der geſchichtlichen Unterſuchung zeigt, wie bei gänzlich veränderten nationalen, religiöſen, politiſchen Verhältniſſen, bei dem Wegfallen früherer Vorausſetzungen, eine Lehre jetzt ohne alle Grundlage und innere Bedeutung ſo daſteht, daß ſie kein lebendiges Glied des Syſtems mehr iſt, und daher bei einem geſunden Lebensprozeß aus dem Organismus ausſcheiden muß, wie dieſes mit dem Reinigungs-Eide in Criminalſachen der Fall iſt [2]. Oder endlich, es kann ſich ergeben, daß ohnerachtet des Nachtrags eines geſchichtlich anders erſcheinenden Urſprunges, und der einſt erfolgten willkührlichen Losreißung von dem verknüpfenden Bande, die Lehre in der Folge eine ganz neue ſelbſtſtändige Bedeutung erlangt, welche als ſolche anerkannt werden muß. In dieſe Klaſſe ſcheint mir die Lehre vom ſichern Geleite zu gehören, der die nachfolgende Betrachtung gewidmet iſt. Wie geſagt, auch dieſes Reſultat darf kein Abhaltungsgrund ſeyn, einen ſolchen Verſuch zu machen, da man der Wiſſenſchaft doch auch ein weiteres Gebiet und eine weitere Beſtimmung zugeſteht, als, was natürlich nicht ausgeſchloſſen iſt, unmit-

---

[1] Man darf z. B. nur an die erſt ſeit der Auffindung der Inſtitutionen des Gajus möglich gewordene richtige Anſicht über das quorum bonorum interdictum erinnern. Vgl. noch E. Huſchke Studien des Röm. Rechts. Breslau 1830. S. 337. ꝛc.

[2] S. die erſte Abhandlung.

telbar praktiſche Sätze zu fördern. Auf jeden Fall gewährt wenigſtens die Vergleichung einiges Intereſſe.

Wie die Lehre vom ſichern Geleite in unſern Lehr- und Handbüchern und in den Strafprozeß-Geſetzgebungen neuerer Zeit vorkommt, hat ſie eine ſehr untergeordnete Stellung, und ſelbſt eine geringe praktiſche Bedeutung; ſie erſcheint, wenn nicht ganz zwecklos, doch als eine, nothwendig beſchränkte Abweichung und Ausnahme von der Regel, zu der es, genau genommen, an rechtlichen Vorausſetzungen fehlt, und welche höchſtens durch politiſche Rückſichten gerechtfertigt wird. Daß es ſo iſt, daß die Gründe, welche früher dem ſichern Geleite eine bei weitem größere Wichtigkeit für den verliehen, welchem daſſelbe ausgewirkt wurde, als heut zu Tage, wird, wie ſpäter zu zeigen verſucht werden ſoll, als ein Vorzug unſerer Zeit, als das Ergebniß einer den Forderungen der Gerechtigkeit mehr entſprechenden Weiſe des Verfahrens, und einer Entfernung jeglicher Willkühr und politiſcher Eingriffe in den Rechtsgang, erſcheinen, aber eben damit ſteht auch in Verbindung die im Eingange erwähnte, faſt auffallende, einſame, zuſammenhangsloſe Stellung, und mindere Bedeutung dieſes Mittels, einen Angeſchuldigten der Unterſuchung zu unterwerfen.

Wie man nehmlich die Sache jetzt faſt allgemein darzuſtellen pflegt, bezieht ſich das ſichere Geleit lediglich auf die dem Angeſchuldigten gewährte Befreiung von der Haft während der Unterſuchung. Die Vorausſetzung dabei iſt, daß ſich jener durch Flucht ꝛc. der Gewalt des Gerichts entzogen habe, und daß, indem ſonſt kein rechtliches Mittel anwendbar, oder jetzt noch zuläſſig iſt, welches mit Erfolg gebraucht werden könnte,

um den Flüchtigen zur Verantwortung zu ziehen, ihm, um dieſen Zweck dennoch zu erreichen, entweder auf ſein Anſuchen jene Befreiung bewilligt, oder auch ohne dasſelbe, in der öffentlichen Vorladung angeboten werden [3]). Mancherlei Bedenken treten hier aber dagegen. Faſſen wir zunächſt das Verhältniß der rechtlichen Gewalt, des die Gerechtigkeit handhabenden Gerichts zu dem Angeſchuldigten — nur ſo, und noch nicht als Schuldigen darf man ihn hier bezeichnen — in's Auge, ſo erſcheint es nicht angemeſſen, daß es jene auf eine Unterhandlung mit dieſem ankommen laſſe, und es, da er durch den bloßen Verdacht — ſo fern dieſer nehmlich für hinreichend befunden worden, eine Unterſuchung zu verhängen — verpflichtet iſt, ſich einer ſolchen zu unterwerfen, auf deſſen guten Willen ankommen zu laſſen, ob und unter welchen Bedingungen er geneigt ſey, ſich zu ſtellen. Die Geſetze und ergänzende Praxis haben ziemlich genau feſtgeſtellt, wann eine Verhaftnehmung zuläſſig und nothwendig ſey: beide Rückſichten müſſen vereint eintreten, um dieſer Zwangsmaaßregel die Eigenſchaft einer rechtlichen Gewalt, einer Nothwendigkeit zu verleihen. Dieſe Bedingungen laſſen ſich auf ſolche zurückführen, die in der Perſon des Angeſchuldigten, oder die in dem zur Laſt gelegten Verbrechen, der Größe der Strafe, den nebenher in Betracht kommenden Verhältniſſen, oder in dieſen

---

3) S. z. B. Quiſtorp peinl. R. Th. III. §. 832. ꝛc. Tittmann Handbuch ꝛc. Th. III. §. 727. ꝛc. Stübel Criminal-Verfahren ꝛc. Th. IV. §. 1779 ꝛc. Henke Darſtellung ꝛc. §. 161

Umſtänden vereint, gegründet ſind [4]), und wenn dieſe, oft zuſammenfallenden Rückſichten vorhanden ſind, wenn, wie als entſchieden vorausgeſetzt werden muß, eine gelindere Maaßregel an ſich nicht möglich iſt, ſo darf nicht nur, ſo muß vielmehr zur Haft geſchritten werden, es müßte denn im beſondern Falle, ausnahmsweiſe ſich die rechtliche Möglichkeit ihrer Abwendung darbieten. Dann kommen wir auf einem Umweg zu der erſten Regel zurück, daß die härtere Maaßregel nicht gerechtfertigt iſt, ſo bald ſie nicht durch die Nothwendigkeit geboten wird, ſo bald alſo der rechtliche Zweck auf eine die perſönliche Freiheit im geringern Grade beſchränkende Weiſe erreicht werden kann [5]). Giebt man dieſe, wohl unbeſtrittenen Vorderſätze zu, ſo wird es nicht ſchwer ſeyn, die Beiſtimmung zu der Folgerung zu erhalten: daß, da der Unterſuchungsrichter, dem Geſetze und ſeiner Pflicht gehorchend, nur dieſes zu befolgen, und nichts mehr, aber auch nicht weniger zu thun, ſchuldig iſt, er, einen Angeſchuldigten, ohne Grund nicht

---

[4]) Dahin rechnet man z. B. Perſonen, die keinen beſtimmten Wohnort, kein Gewerbe oder Geſchäft haben, welches ſie an einen gewiſſen Ort bindet, überhaupt die entgegengeſetzten Vorausſetzungen von denen, die es zuläſſig machen können, daß an die Stelle des regelmäßig competenten Gerichts der verübten That, das Gericht des Wohnſitzes zuſtändig werde; ferner, auch bei dem Daſeyn ſolcher Vorausſetzungen, ein in Frage ſtehendes Verbrechen, deſſen Strafe, wenn es rechtlich erwieſen wäre, ſo groß iſt, daß das Intereſſe, derſelben durch Flucht zu entgehen, nach der gewöhnlichen Erfahrung, jede andere Rückſicht, als untergeordnet erſcheinen ließe, jedes andere Intereſſe zu überwiegen im Stande wäre; oder wenn Colliſionen zu vermeiden ſind ꝛc.

[5]) Man hat dieſes das Geſetz der Sparſamkeit genannt. Vgl. Meinen Criminal-Prozeß. §. 71.

verhaften laſſen dürfe, dagegen, wenn dieſes nothwendig wäre, er es nicht bloß darum, weil jener ſich geflüchtet hat, wodurch er, wenn auch nicht eine eigene Verwirkung darin liegt, doch wenigſtens keine Rechte und Vortheile erlangen kann, unterlaſſen könne: ſo wie auch ein Aehnliches rückſichtlich der Verſprechungen gilt, durch welche zuweilen Inquirenten einen Angeſchuldigten zum Geſtändniß zu bringen ſuchen, z. B. einer geringern Strafe, da ſie gegen die Geſetze nichts verheißen dürfen [6]), auch begreiflicher Weiſe der urthei-

[6]) Es iſt dadurch nicht ausgeſchloſſen, daß der Unterſuchungsrichter innerhalb der erlaubten Grenzen den Angeſchuldigten aufmerkſam mache, daß er durch ein zeitiges, aufrichtiges Bekenntniß gewiſſe Vortheile erlangen könne, die ihm umgekehrt ein hartnäckiges Leugnen entziehen. Wenn nehmlich die Strafe nach einem relativ oder ganz unbeſtimmten Geſetze zu ermeſſen iſt, wobei alſo die Eigenthümlichkeit des ganzen Falles, in ſubjektiver Rückſicht, eben ſowohl als in objektiver, zu erwägen iſt, ſo kann allerdings — doch läßt ſich dieſes nicht als allgemeine Regel aufſtellen — der Umſtand, daß ein baldiges reumüthiges Geſtändniß abgelegt worden, dem zu Beurtheilenden zum Vortheil gereichen, das Gegentheil ihn beſchweren; auch können die Geſetze ſelbſt, ſolche Vortheile näher beſtimmen, und dann den Inquirenten verpflichten, den Angeſchuldigten zu belehren, er werde durch fortgeſetztes Leugnen die Vortheile verlieren, welche ein zeitiges Geſtändniß für ihn haben könnte, z. B. A. L. R. II. 20. §. 59. Uebrigens iſt es die Schuld, oder das Gegentheil, im erſten Falle aber, der Grad derſelben, und der ihm entſprechende Grad der Strafbarkeit, welche zu beurtheilen iſt, nicht das Benehmen während der Unterſuchung, welches, wenn es für ſich ahndungswürdig erſcheint, Gegenſtand einer ſelbſtſtändigen Beurtheilung iſt. Wenn daher in jenen beiden Vorausſetzungen die Strafe geringer oder höher, innerhallb des dem Richter geſtatteten Raumes ermeſſen wird, ſo bezieht ſich dieſes in ſofern mit auf die zur Beurtheilung vorliegende That, als hierbei, auch „die Gelegenheit und Geſtalt der Sache und die Perſon“ berückſichtigt werden ſoll, woraus ſich leicht beſtimmen läßt, wenn

lende Richter dadurch nicht gebunden werden darf, während dasjenige, was dem Angeſchuldigten rechtlich gewährt werden kann, nicht als eine Belohnung des Geſtändniſſes gebraucht werden ſoll, indem auch hier, wo noch nicht die Rede von einer Beſtrafung des Schuldigen iſt, ſondern von dem Verfahren zur Vorbereitung eines gerechten Urtheils — welches ja auch losſprechend ſeyn kann — die Regel gilt, daß kein weiterer als der unvermeidliche Zwang, die nothwendige Beſchränkung, angewendet werden dürfe, von welcher eben darum auch nicht abgegangen werden kann. Sehen wir demnach von dem Falle ab, wo die Verhaftnehmung gar nicht ſtatt finden dürfte, wo aber, was leicht möglich iſt, der Angeſchuldigte aus Unkenntniß, dieſelbe fürchtet, und ſich ſtellen will, wenn man ihm Freiheit zuſichert, wo folglich das richterliche Verſprechen, man wolle nicht thun, was man nicht thun dürfe, eine ſeiner Würde widerſprechende Erklärung wäre, und nur den Sinn einer Belehrung haben konnte, ſo daß hier ſtreng genommen von einem ſichern Geleite gar nicht die Rede iſt, ſo bleibt nur der Fall übrig, wo die Verhaftung wirklich erfolgen müßte, und dann kann, juriſtiſch be-

---

dieſe Rückſichten eintreten können, oder ausgeſchloſſen ſeyen. Hiervon abgeſehen iſt, bei dem Verhältniß des Angeſchuldigten zu dem Strafgeſetze und dem Gericht, ſein Geſtändniß kein Verdienſt, welches ihn während der Unterſuchung und bei der Beurtheilung zum Lohn angerechnet werden darf, ſein Leugnen keine Erſchwerung der Schuld, welche härter geahndet werden könnte. Daher bin ich nicht mit dem Vorſchlage einverſtanden, welchen Hitzig Zeitſchrift für die Preußiſche Criminal-Rechtspflege Heft XVI. S. 357. unter dem Titel: „Lohn des freiwilligen Geſtändniſſes" gemacht hat. Vgl. Meine Bemerkung in den Jahrb. der juriſt. Lit. Bd. XI. S. 136. ꝛc., und die dritte Abhandl.

trachtet, der Richter nicht befugt ſeyn, ſich über die geſetzliche Nothwendigkeit zu erheben, und man hat daher mit Grund meiſt angenommen, daß es nur der höchſten Staatsgewalt, dem Regenten, oder der dieſelbe in deſſen Namen ausübenden Behörde zuſtehen könne, eine Ausnahme von dem ſtrengen Rechte zu machen [7]). Dadurch wird aber die Frage aus dem Gebiet des Rechts, in das der Politik übergetragen. Nun läßt ſich allerdings nicht in Abrede ſtellen, daß es höhere Rückſichten geben kann, eine Ausnahme dieſer Art zu verfügen, wie die Begnadigung, Abolition ꝛc., unter andern auch auf ſolche Weiſe gerechtfertigt werden mögen. Es kann dem Staate daran gelegen ſeyn, durch die außerdem vielleicht gar nicht mögliche Unterſuchung, zur Kenntniß gewiſſer Thatſachen zu gelangen, z. B. der Entdeckung eines Complotts, der Ermittelung von Mitſchuldigen, der Erörterung ſolcher Umſtände, wodurch der aus einem Verbrechen entſtandene Nachtheil ſo viel als es noch möglich iſt, wieder aufgehoben werden kann ꝛc., ja dieſes Intereſſe läßt ſich ſo groß denken, daß ſelbſt völlige Strafloſigkeit zugeſichert werden kann; aber dann geht meiſtens ſeine Verheißung über das ſichere Geleit hinaus.

---

7) Meiſt, ſage ich, denn viele Schriftſteller, auch die Praxis, geſtehen jedem Criminalrichter das Recht zu, ſicheres Geleit zu gewähren; indeß ſcheint mir dieſes in vieler Rückſicht nicht rathſam, und es iſt auch ſchon darin ein Widerſpruch, daß dem Unterrichter, der in ſo vieler Hinſicht beſchränkt iſt, hier ſolche Freiheit eingeräumt werde. Neuere Geſetzgebungen enthalten hier mehrere Beſchränkungen, z. B. Pr. Crim. O. §. 246. ꝛc. Das Bair. Strafgeſetzbuch Th. II. Art. 417. läßt nur ſicheres Geleit auf den Grund eines Königl. Reſcripts zu.

aus. Aber auch, wenn es dabei ſein Bewenden behält, laſſen ſich vom rechtlichen Standpunkte aus, keine näheren Beſtimmungen über Vorausſetzung, Umfang und Grenzen des Geleites angeben [8]), wie es denn auch nicht Gegenſtand dieſer Abhandlung iſt, die Lehre, wie ſie jetzt praktiſch iſt, ausführlich zu erörtern [9]), und man kann allenfalls nur erinnern, daß wenn nicht höchſt wichtige Staatsgründe die Ausnahme gebieten, es für die Erhaltung des allgemeinen Rechtszuſtandes und des Anſehens der Geſetze in den meiſten Fällen vorzuziehen ſey, einen Verdächtigen, deſſen man auf keine andere Weiſe habhaft werden kann, der Unterſuchung, und falls er ſchuldig wäre, der Strafe entgehen zu ſehen, als mit ihm zu unterhandeln. Und worüber? Dieß führt uns auf die andere Seite der Betrachtung, auf das Verhältniß des Angeſchuldigten. Wir nehmen nach dem Obigen, den Fall als beſeitigt an, wo dieſer ohne Grund eine Verhaftung fürchtet, die rechtlich nicht ſtatt haben konnte, und haben alſo nur den andern zu würdigen, wo er der nothwendigen Freiheitsbeſchränkung zu entgehen ſucht. Darauf ſoll ſich alſo die Unterhandlung, und die Gewährung des ſichern Geleites beziehen.

---

[8]) Man hat dieſe zwar ausführlich aufgeſtellt, aber ſie ſind mindeſtens dann unnöthig, wenn das Geleite, mehr aus politiſchen, denn aus rechtlichen Gründen, von der höchſten Gewalt ertheilt wird, welche allerdings auch nicht ohne Erwägung deſſen, was den beſondern Verhältniſſen angemeſſen iſt, verfahren wird. Vgl. Henke a. a. O. Not. 4.

[9]) Vgl. die Not. 3. angeführten Schriftſteller, und die von dieſen reichhaltig citirte Literatur: beſonders Böhmer ad Art. 156. und Kleinſchrod Abhandlungen ꝛc. Th. II. ff. IX. und denſelben im neuen Archiv. Bd. V. S. 283. ꝛc.

Aber auch nur darauf, denn, wenn die Unterſuchung das Ergebniß liefert, daß eine Strafe zu erkennen und zu vollſtrecken ſey, ſo hat, in ſofern dieſe Strafe von der Art iſt, daß ſie nur an der Perſon ſelbſt, nicht am Vermögen ꝛc. vollzogen werden kann, das Geleite auch ſtatt, nach der herkömmlichen Formel: „wenn etwas Peinliches erkannt würde." Fragt man nun, welches Intereſſe ein Angeſchuldigter haben kann, ſich der Unterſuchung zu unterwerfen (der er, wie man vorausſetzen muß, ſich mit Erfolg entziehen könnte, denn nur ſubſidiar ſoll das Geleite ertheilt werden), wenn er nur nicht gefangen gehalten werde, ſo wird man, um befriedigend antworten zu können, zwei Hauptfälle unterſcheiden müſſen:

Erſtens: der Angeſchuldigte iſt wirklich ſchuldig, und ſich deſſen im vollen Umfange bewußt, dann hat ſeine Flucht, der Regel nach, wenn man der gewöhnlichen Erfahrung folgt, nicht bloß den Zweck die Unterſuchungshaft zu vermeiden, ſondern der Strafe ſelbſt zu entgehen, und dann wird gewiß ſelten der Fall eintreten, daß Jemand ſich aus ſeiner Sicherheit, auf dieſen vorübergehenden Vortheil der Freiheit während des Verfahrens, mit der Gewärtigung einer Strafe, hinaus begeben werde. Jedoch läßt ſich dieſe Möglichkeit doch denken, wenn die Strafe nicht im eigentlichen Sinne eine peinliche iſt, wiewohl in dieſem Falle oft der Verhaft nicht nothwendig iſt, im entgegengeſetzten aber die Gewährung der Freiheit ſtets bedenklich erſcheinen wird. Wir haben dabei noch nicht einmal des nur beſchränkten Geleites gedacht, bei welchem das Intereſſe noch geringer auf Seiten des Flüchtigen iſt.

Zweitens: der Angeſchuldigte iſt entweder ganz unſchuldig, oder wenigſtens im geringern Grade ſchul-

dig, als es für den erſten Augenblick den Anſchein hat. Er hat ſich der Unterſuchung durch Flucht zu entziehen geſucht, unter andern vielleicht nur, weil er die Beraubung ſeiner Freiheit, und andere damit verbundene Nachtheile fürchtete. Hofft er nun, daß es ihm bei einer Unterſuchung, welcher er ſich, wenn ihm Befreiung vom Gefängniß zugeſichert worden, bereitwillig unterziehen will, gelingen werde, entweder ſeine völlige Schuldloſigkeit darzuthun, oder die Gründe, welche ihn ſtraflos oder in geringerm Grade ſtrafbar darſtellen könnten, darzulegen, z. B. das Daſeyn der Nothwehr, die culpa im Gegenſatz zu dem dolus, und was ſonſt aus dem Rechtsſyſtem hier, als dem Angeſchuldigten vortheilhaft gedacht werden möge, ſo hat allerdings das ſichere Geleite, auch in der Art, wie es jetzt vorkommt, ſeine beſſere praktiſche Bedeutung, und wenn, wie es dann wohl geſchehen wird, dieſe Hoffnung in dem Geſuche des Angeſchuldigten oder ſeines Vertreters dem Gerichte oder dem Landesherrn ausgedrückt wird, ſo mag die Gewährung deſſelben am wenigſten bedenklich erſcheinen; aber man wird zugeben, daß dieſer Fall der ſeltenere, und daher die Anwendbarkeit dieſer Lehre gewiß ſehr beſchränkt iſt, und nur noch die Rückſicht kann man hinzuſetzen, wo die Vermeidung eines Contumacial-Urtheils dem Flüchtigen wichtig erſcheint.

Erwägt man dieſes Alles, und vergleicht man damit die gangbare Theorie des ſichern Geleites, ſo wird man ſich leicht zu der Anſicht bekennen, daß dieſe Lehre urſprünglich eine andere mehr praktiſche Bedeutung gehabt haben müſſe, und daß daher die erforderlichen Aufſchlüſſe in der Geſchichte des frühern Rechts zu ſuchen ſeyen. Hierüber habe ich im Ganzen wenig Befriedi-

gendes gefunden. Die Darſtellungen der Neuern ſind wie faſt allgemein im Criminalrecht auf die dogmatiſch-praktiſche Seite beſchränkt, ja ſie mißbilligen ſelbſt die Rückſicht auf die Geſchichte [10]), obgleich, wie ich glaube, um ſo mehr mit Unrecht, als bereits oben gezeigt wurde, daß dieſe entfernt ſey von der Abſicht, das beſtehende Recht nicht auch als ein weſentliches gebührend anzuerkennen.

Sehen wir zuerſt auf die Sprachweiſe, und die Etymologie, die ſo oft mit gutem Erfolg zu Hülfe genommen wird, ſo iſt es einleuchtend, daß unter ſicherem Geleite etwas anderes verſtanden werden mußte, als die bloße Befreiung von Gefängniß, vollends bei der Ausſicht, im Falle etwas peinliches erkannt

---

10) Was ſich darüber in den angeführten Schriftſtellern findet, iſt höchſt dürftig und unbefriedigend. Selbſt die bei den ältern Schriftſtellern oft vorkommende uncritiſche Weiſe, Citate aus dem alten Recht zu häufen, findet ſich hier nicht; und die Berufung auf einige hierher nicht gehörige Stellen des römiſchen Rechts, auf die wir ſpäter kommen werden, geſchieht nicht in der Abſicht, einen hiſtoriſchen Zuſammenhang herzuſtellen, ſondern in der Meinung, daß das als Hülfsrecht anzuwendende römiſche Recht, hier eine Quelle des praktiſchen Rechts ſeyn könne, mit dem ſich die Autoren faſt ausſchließend, in dieſer Lehre beſchäftigen. Henke a. a. O. warnt mit Recht gegen manche Verwechslungen, die man ſich hier zum Nachtheil der Wahrheit zu Schulden kommen ließ; wenn er aber bemerkt — „wird — auch wohl auf die geſchichtlichen Veranlaſſungen zur Entſtehung dieſer Praxis Rückſicht genommen, ſo kann es nicht anders ſeyn, als daß ein Gewirr widerſtreitender Meinungen entſteht,“ — ſo darf man dagegen erinnern, daß gerade eine ordentliche geſchichtliche Begründung, und Sonderung der verſchiedenen Fälle und Bedeutungen des ſichern Geleites, zur Vermeidung der Mißverſtändniſſe das ihrige beitragen, und daher hier ſo wenig, wie in andern Lehren, unbeachtet von vorn herein verworfen werden dürfe.

würde, alle die Vortheile zu verlieren, die dem Schuldigen ſeine bisherige Sicherheit zu gewähren vermochten. Es müſſen alſo andere Vorausſetzungen, andere Verhältniſſe geweſen ſeyn, als die unſrigen, eines geregelten Verfahrens, und eines Schutzes der individuellen Rechte, auch des Angeſchuldigten, welcher auch ohne Vertrag und darauf abzweckende Unterhandlung geleiſtet wird. Solche Verhältniſſe haben wir aber, wie wohl nicht bewieſen zu werden braucht, in dem einheimiſchen Rechte und der Rechtsverfaſſung zu ſuchen, und ſchon darum wird es vergeblich ſeyn, aus dem römiſchen Rechte, die geſchichtliche Veranlaſſung dieſer Maaßregel zu entnehmen, wie denn auch die Stellen deſſelben, welche man zur Beſtätigung dieſer Anſicht angeführt hat, durchaus nicht hieher zu beziehen ſind [11].

---

[11]) Es wird hinreichen, dieſe Stellen anzuführen, und nur einige hervorzuheben, um zu zeigen, daß ſie für unſere Aufgabe ungeeignet ſind, noch mehr ergiebt ſich dieß aus der Darſtellung der alten einheimiſchen Rechts = Anſichten und Verhältniſſe. Höchſtens könnte man einige Analogieen zugeben. L. 2. Cod. de precibus Imper. offerendis. I. 19. L. 1. §. 27. D. de quaest. XLVIII. 18. L. 28. §. 7. D. de poenis. XLVIII. 19., welche vom Aſyl ſpricht, Auth. Habita Cod. ne filius pro patre; ferner die von dem den Soldaten geſtatteten commeatus handelnden L. 3. §. 7. L. 14. D. de re militari XLIX. 16. und L. 1—3. Cod. de commeatu. XII. 43. L. 3. 5. D. de custodia reorum, welche von der Nothwendigkeit der Haft und der Vermeidung derſelben durch Stellung von Bürgen ꝛc. reden. Am meiſten Schein einer hieher gehörigen Beziehung bietet Nov. 17. Cap. 6. dar. Die Mittheilung der Stelle ſelbſt wird weitere Erörterung entbehrlich machen: „Sed neque haec, quae dicuntur verba, id est jusjurandum, prompte dare festines, in amplius tempus: sed et cum examinatione in tempore mediocri, et non transcendente triginta dierum inducias, ne

Ob man Recht habe, die Art. 76. und 156. der P. G. O., von dem jetzt vorkommenden ſichern Geleite zu verſtehen, möge einſtweilen dahin geſtellt bleiben. Die Commentatoren tragen allerdings meiſt zu dem Art. 156. die Lehre von dem salvus conductus vor. Aber für eine geſchichtliche Betrachtung dürfen wir wohl dieſen Artikel in Erwägung ziehen, und dieſelbe zum Mittelpunkt der Erörterung machen, die von da aus auf das frühere Recht, welches die P. G. O. feſtſtellt, zurückzuführen ſeyn wird.

Der Art. 75. der P. G. O. und der entſprechende Art. 89. der Bamberg. H. G. O. erwähnen des Geleites, ſowohl der Stellung nach, als nach der Ueberſchrift, für den Zeugen, im Text iſt aber auch von den Partheien die Rede.

---

ex hoc infinitae sint hominibus ad invicem contentiones. Si vero etiam aliquem sub nuncupato verbo feceris: deinde aliquis adierit adversus eum: deduces quidem eum, custodiens datum ei verbum; et examinabis negotium, verbo ubique servato: et si etiam contra eum sententia necessaria sit, condemnabis eum, et duorum propones electionem, utrum velit dato verbo absolute renunciare, et agere quae judicata sunt, an non. Certe si hoc non: sacris cum terminis restitues, et ibi executionem inferes temperate, et cum debita venerabilibus locis reverentia." Abgeſehen von der einleuchtenden Verſchiedenheit der Vorausſetzungen und des Inhalts, iſt ſchon der Schluß das Gegentheil unſeres Geleites, welches, wenn der Geleitete verurtheilt wird, aufhört, ſo daß das Urtheil vollſtreckt, und ihm nicht mehr freigelaſſen wird, ſich demſelben zu entziehen. Hier aber, wenn er nicht auf das ihm ertheilte Verſprechen verzichten, und dem Urtheil Folge leiſten will, ſoll er frei abziehen dürfen, und der Richter muß auf anderem Wege ſuchen, die Execution zu bewirken, die ſich nicht auf ein Straferkenntniß bezieht.

„Keyn Zeugen für recht zu vergleyten.“

„Item, ſoll keyn parthei noch zeug vor den Richtern oder Commiſſarien, vor peinlicher rechtfertigung (Bamberg. „für recht“) vergleit werden. Aber für gewalt mögen die partheien unnd zeugen für gericht vorgelegt werden.“

Remus giebt dieſen Artikel in ſeiner Paraphraſe alſo:

„Testes in jus salvo conductu dato, non vocandos.“

„Nulli partium aut testium a judicibus aut commissariis (quod in jure nemini injuria exspectanda aut metuenda sit) salvus conductus concedendus est. Nisi tum cum vis ab extero aut potenti adversario metuenda erit, recte salvus conductus, aut quam appellant, salva guardia elargienda erit.“

Daß hier von unſerm ſichern Geleite nicht die Rede iſt, bedarf keiner Ausführung. Ueberhaupt aber ſoll, nur gegen etwanige Gewalt, das Geleit geſtattet werden. Böhmer erinnert mit Recht, daß hier bei den Angeſchuldigten und den Zeugen, die ſich dem Gerichte nicht entziehen dürfen, von einer Vermeidung der Unterſuchung — vor peinlicher Rechtfertigung — nicht geſprochen werden könne, daß aber in Anſehung des Anklägers die Frage gar keinen vernünftigen Grund habe (domitianum videtur), da man nicht vorausſetzen kann, daß er, wenn er ernſtlich klagen will, und keiner Tergiverſation ſchuldig iſt, dem Verfahren ausweichen werde. Wir bleiben jedoch vorläufig dabei ſtehen, daß eine Sicherheit gegen Gewalt, alſo gegen etwas

Widerrechtliches, das zu befürchten wäre, verheißen werde. Aber ſolche Gefahr drohte dem Einzelnen, bei den damaligen Verhältniſſen, der noch nicht allgemein hergeſtellten Sicherheit, bei den häufigen Störungen des Landfriedens, und den immer wiederkehrenden Fällen der Selbſthülfe und Privatrache, oft auch bei den widerrechtlichen Eingriffen der Willkühr der Mächtigen, von ganz andern Seiten, als von dem Gerichte; und ſo hat freilich das hier erwähnte ſichere Geleite andere Vorausſetzungen und andere Wirkungen, als das jetzt vorkommende. Eine innere Verwandtſchaft wird ſich aber dennoch nachweiſen laſſen. Zu dieſem Zwecke betrachten wir nun den Art. 156. der P. G. O.

„Von Außfürung beſchuldigter peinlichen übelthat ehe der Beklagt inn gefengknuß kompt."

„Item ſo ſich eyner, ehe er in die gefengknuß kompt, eyner peinlicher übelthat, mit Recht außfüren will, das ſoll er thun an ordentlichen peinlichen Gerichten, wie in dieſen Fällen jedes ortts Recht und Herkommen iſt, unnd ſoll in dieſen außfürungen beyden theylen rechtmäßige verkündung geſchehen, auch beyder theyl nottürfftig fürbringen, urkundt uund kundtſchafft, wie ſich inn recht gebürt zugelaſſen, uund nit (wie in etlichen orten mißbraucht) abgeſchnitten werden, uund ſoll derſelbig zum rechten, für ungerechter gewalt und nit weither vergleyt werden."

Remus umſchreibt dieſen Artikel ſo, daß von dem ſichern Geleite, noch mindere Spur, als in dem Text zu

finden iſt; indeſſen iſt es zu beachten, welchen Sinn er in dem Geſetz findet [11 b]).

„Quomodo reus in judicium exceptionem ante deducat, quam in carcerem conjiciatur."

„Qui prius, quam in vincula mittatur, delictum suum jure defendere volet, se quantocyus ad capitalis judicii tribunal sponte sua sistet, quem admodum in eiusce modi casibus, ex legibus municipalibus aut moribus observari consuevit: Hinc in utramque partem diligens inquisitio habenda judici: et testimonia tum etiam virorum integrae atque illaesae opinionis dicta, quae ab utraque parte proferentur, audienda. Neutri denique partium, id quod per civilia jura, aequitatem, et consuetudinum receptarum observationem facere licet, sine causa adimendum: contra quam in aliquot judiciis fieri in audiimus. Qui enim causae suae bonitate fretus ultro judicem adit, seque in judicio stiterit, praeterquam quod conscientiam se intus absolventem habere praesumitur, cui judicis vocem suffragari desiderat, si judicio manifesta sententia, innocens pronuncietur, nulla ei neque calumnia postea fieri, nulla privata neque publica vis inferri, sed libero prodire publicitus pede, libera aura frui, et uti foro debet."

Man ſieht, daß auch dieſer Artikel, obgleich man, wie geſagt, ihn als die Grundlage unſeres ſichern Geleites betrachtet, doch von etwas andrem und von mehr

---

[11 b]) Vgl. Wächter über die latein. Ueberſetzungen der Carolina im neuern Archiv. XII. Bd. S. 82. ꝛc.

ſpricht, als der Befreiung von Haft, die man jedoch aus der Ueberſchrift und den Anfangsworten: — „ſo einer, ee er in gefengknuß kåme ꝛc." ableitet. Eine Vergleichung mit dem entſprechenden Artikel der Bamb. 182. und der Brandenb. 232. wird uns Mehreres erläutern. Schon Böhmer [12]) erinnert, daß die Worte der P. G. O. „ſo eyner — eyner peinlichen übelthatt, mit recht außfüren will" nicht ganz treffend ſind, denn ſolche Ausführung liegt dem Ankläger ob, während der Sinn des Artikels unzweifelhaft den Angeſchuldigten bezeichnet. Beſtimmter aber drücken ſich die angeführten Bamb. und Brand. aus: „Item ſo aber einer on er gefengknuß kåme, urſache zu einer entſchuldigten tat mit recht außfüren wölt" und ſo hat auch der Ueberſetzer die Stelle wiedergegeben.

Nun ergiebt aber ein Blick auf das Syſtem in den drei Rechtsbüchern, eine andere Beſchränkung, die wir doch nicht unbeachtet laſſen dürfen, wenn es gleich und mit Recht angenommen iſt, daß, ſo weit überhaupt eine Ausdehnung und Analogie geſtattet ſey, die ſpecielle Stellung einer Lehre, nicht im Wege ſtehe, den in ihr enthaltenen allgemeinen Ausſpruch, auch umfaſſender zu nehmen [13]). Nehmlich nicht bei Gelegenheit des Ver-

---

[12]) Med. ad Art. 76.

[13]) Es bedarf dabei freilich vieler Vorſicht, um nicht in die Fehler des ſ. g. Generaliſirens zu fallen. Man hat dabei beſonders zu beachten, ob der bei einer beſondern Veranlaſſung aufgeſtellte Satz, von der Art iſt, daß er nur die gerade hier gemachte Anwendung eines Grundſatzes ſey, der auf eine allgemeinere Geltung Anſpruch hat, oder ob dieſes nicht der Fall ſey. So pflegt man aus dem Schluß des Art. 107.: „wer ſolch falſch ſchwerer mit wiſſen, fürſetzlich und argkliſtiglich darzu an-

fahrens, ſondern bei dem eigentlich ſtrafrechtlichen Theile, und zwar nur bei der Lehre der Tödtungen, am Schluß, wo die entſchuldbaren aufgezählt werden, und unmittelbar vor der Lehre von dem Diebſtahl wird dieſes, wenn man es ſo bezeichnen will, ſichern Geleites, gedacht. Daß dieſe Stellung aber doch nicht ganz gleichgültig ſey, ergiebt der Schluß des Art. 182. der Bamberg., der überhaupt viel ausführlicher, als in der C. C. C. gefaßt iſt. Dieſer lautet:

„Item, ſo auch ein tetter einer entleybung halb, ee er in gefengknuß käme, die entſchuldigung ſeiner gethaner tatt an unſerm Landgericht außzuführen, rechtlich angefragt hat, und deßhalb in emſſiger übung ſtünde, ſo ſolt vor außgang deſſelbigen rechten, an keiner unſer Zent mit der mordtacht wider jnn gehandelt werden, der Tetter würde dann dieſelben rechtlichen außfürung über ein halb jar, auß ſeinen ſchulden geverdtlicher weyß verziehen ꝛc." —

Die Vorausſetzung iſt hier, wie wir bereits oben erinnert haben, die, daß der Angeſchuldigte hoffen kann, etwas ihm Vortheilhaftes auszuführen, und daß er ſich gegen die Verurtheilung wegen Ungehorſams zu ſchützen ſucht. Dieſer Gefahr entgeht er am einfach-

---

richtet, der leidet gleiche penn", wiewohl nicht für alle Fälle paſſend, die gleiche Strafbarkeit des ſ. g. intellektuellen, und des phyſiſchen Urhebers abzuleiten; aus dem Art. 164., daß Jugend ein allgemeiner Milderungsgrund ſey, obgleich dieß nur bei dem Diebſtahl erwähnt wird, ſo glaube ich auch, daß der vom Diebſtahl in rechter Hungersnoth handelnde Art. 166., beſonders wenn man mit demſelben den Art. 175. in Verbindung ſetzt, nicht ſo beſchränkt erklärt werden dürfe, wie es von Manchen geſchehen iſt.

ſten, wenn er ſich vor dem ordentlichen Gerichte zur Unterſuchung ſtellt, und dadurch auch ein günſtiges Vorurtheil für ſich begründet. Das Hinderniß liegt eben nicht darin, daß er eine Unterſuchungshaft beſorgt, und daher alle Mittel anwendet, von derſelben befreit zu bleiben — wenigſtens beſchränkt ſich der Artikel nicht darauf, ſondern darin liegt der abzuwendende Nachtheil, daß, wegen ungehorſamen Nichterſcheinens, und des durch die Flucht vermehrten Verdachts der Schuld, die Mordacht erkannt worden iſt, folglich hier gegen dieſelbe eine Wiedereinſetzung in das Verhältniß eines ſich Entſchuldigenden, eines Vertheidigenden, im Gegenſatz zu dem bereits Verurtheilten ſtatt finden ſoll. Dieſer Zuſammenhang des Inhalts unſerer Lehre mit der aufzuhebenden oder gleich anfangs zu vermeidenden Wirkungen der Acht, wird noch deutlicher, wenn wir damit noch eine andere Stelle verbinden. Vorher möge erinnert werden, daß, obgleich die P. G. O. ſelbſt die Mordacht — dieſe allein kommt noch ſtrafrechtlich und abgeſehen von politiſchen Verhältniſſen, als Acht zu jener Zeit vor — nicht mehr in dem Sinne, wie das frühere Recht, und ſelbſt, wie noch die Bamberg., anerkennt [14]), doch die Abſicht den oft mißbräuchlichen Herkommen entgegen zu treten, es nothwendig macht, gerade hier, bei den Tödtungen des Falles zu erwähnen. Wenn nur, der Verdächtige oder Angeklagte ſeine Unſchuld oder Entſchuldigung glaubt ausführen zu können, unter Vorausſetzung, wo ihn eine Contumacial-Verurtheilung treffen könnte, von andern Fällen, na-

---

[14]) P. G. O. Art. 155. Bamb. Art. 180. 231 — 248. Meine Unterſuchungen S. 293. ꝛc. 300. ꝛc. 362. ꝛc.

mentlich von der jetzigen Anſicht des ſichern Geleites, iſt hier noch nicht die Rede — ſo ſind jene Fälle denkbar:

1) Er befindet ſich noch nicht in der Unterſuchung und der bei dem Verbrechen der Tödtung im allgemeinen nothwendigen Haft, aber er hat bereits ſeine Vertheidigung begonnen, — hier ſoll kein Criminalgericht gegen ihn mit der Mordacht handeln, außer wenn er durch eigne Schuld über ein halb Jahr die Ausführung verzögert. Bamb. Art. 182. und 229. ꝛc. Das Verfahren bezieht ſich hier und in Art. 156. der P. G. O. auf die Gewährung der Möglichkeit einer ſichern Rechtfertigung, mit Suspenſion der ſonſt verwirkten Acht, ſo daß ſelbſt ſeine Geſtellung vor einem andern Gerichte, das eigentliche competente peinliche Gericht nicht berechtigt die Acht auszuſprechen.

2) Er iſt wegen ſeines Ungehorſams bereits in die Acht erklärt worden, und erſt nachher in die gerichtliche Haft gerathen; hier ſoll ihm dennoch eine Ausführung ſeiner Unſchuld ꝛc. geſtattet werden, ſo daß das Rechtserkenntniß nicht rechtskräftig würde und an die Stelle des Contumacial-Prozeſſes, das ordentliche Verfahren tritt. Intereſſant iſt hier wieder die Vergleichung der Bamb., welche noch den ganzen Achtsprozeß weitläuftig ſchildert, mit der P. G. O., welche die Acht aufhebt [15]).

---

[15]) Der Achtsprozeß, wie ihn die Bamb. aufſtellt, iſt in die C. C. C. nicht aufgenommen; jedoch hat ſich in der Praxis und bei den Schriftſtellern der Acht- und Bann-Prozeß, jedoch in größerer Allgemeinheit, und nicht auf das Verbrechen

„So einer in der mordtacht were in geſengknuß kommen, und ſein unſchuldt außfüren wollt.“

Bamb. Art. 180.

Item ſo einer in gefengknuß kåme, der davor in die mordtacht erkant were, und in den gefengknuß ſein entſchuldigung (wie in den vorgemelten artikeln davon ſagenden geſatzt iſt) auszuführen erbåte, der ſolt (unangeſehen, daß er davor in die mordtacht erkannt were) mit beſtimpter außfürung zugelaſſen werden.

P. G. O. Art. 155.

Item ſo eyner in gefengknuß keme, der davor in die mordtacht erkant were, wie an etlichen orten gewohnheyt, und in der gefengknuß ſein entſchultigung, wie in den vorgemelten artikeln von den entſchuldigungen geſatzt iſt ꝛc.

Auch die Bamb., obgleich ſie die Acht noch anerkennt, geht von dem Geſichtspunkt aus, daß, ſo oft eine ſpåtere Unterſuchung, namentlich zu Gunſten des Contumacirten möglich ſey, wenn dieſer der Gewalt des Gerichts unterworfen iſt, dieſe auch nothwendig geſtattet werden müſſe, und die im Rechtsprincip ſelbſt gegründete Begünſtigung und Ausnahme gegen das formelle Recht, beſteht in der hiezu gewåhrten Möglichkeit und Sicherheit, die aber, wie dieſer Artikel — der übrigens den Ausdruck Geleit nicht braucht — uns belehrt,

---

des Mordes beſchrånkt, weiter ausgebildet, und ſo die Grundlage unſeres Contumacial-Prozeſſes gegeben. Vgl. die in der erſten Abhandlung Not. 150. ꝛc. angeführten Werke, und Mittermaier's Strafverfahren. Zweite Abtheilung. §. 202.

nicht von dem *Gefängniß* befreit[16]). Bis hieher haben wir nun das Reſultat gewonnen, daß demjenigen, der ſich vor Gericht ſtellen will, eine Nachſicht gegen die Strenge gewährt wird, zu deren Anwendung das Gericht befugt, ja verpflichtet wäre, nehmlich die verwirkte Acht zu verhängen, oder die verhängte geltend zu machen, und nur nach dieſer formellen Seite hin, finden wir eine Beziehung auf die heutige Theorie, wonach das Gericht gleichfalls verheißt, von einem Recht des Zwanges, gegen den, der ſich vertheidigen will, keinen Gebrauch zu machen. Es ergiebt ſich jedoch aus dem Bisherigen der Unterſchied, daß bei uns entweder eine rechtlich nicht zu billigende Ausnahme gemacht, oder ein Verſprechen gegeben wird, welches unnöthig iſt, da eine andere, als geſetzmäßige Gewalt niemals vor Gericht ausgeübt werden darf. Anders aber ſteht es mit dem erwähnten Recht der alten Criminal-Ordnungen: hier iſt die Ausnahme eine, durch höhere Rechtsgründe unterſtützte, nothwendige, die aber nur in der Zulaſſung der ſonſt abgeſchnittenen oder verwirkten Vertheidigung beſteht, wogegen in dem neuern einzuleitenden Verfahren keine weitere Ausnahme und Befreiung eintritt.

Gehen wir aber noch einen Schritt weiter. Die

---

[16]) Merkwürdig iſt hier auch die Reihefolge der Vorausſetzungen, nach der Bamb. 1) So eyner in der *mordacht* war, in *gefengknuß* kommt, und ſein *unſchuldt* außfüren wollt. Art. 180. 2) So eyner umb ein entleybung *peynlich beclagt* wurde, und derhalb *entſchuldigung* außfüret. Art. 181. 3) Von rechtlicher außfürung einer tate *vor der gefengknuß*. Art. 182. In der C. C. C. fehlt der mittlere Artikel; daß aber der Fall nicht unentſchieden iſt, wird weiter unten ſich ergeben.

ausgeſprochene Acht hat auch nach der Bamberg. Art. 241. die Wirkung, daß der Frevler friedlos iſt, und ohne Sicherheit (Geleit) gegen jeden Angriff, dem er blosgeſtellt wird [17]). Es droht ihm alſo eine Gefahr, nicht von Seiten des Gerichts, welches bereits gegen ihn thätig geweſen iſt, ſondern von Seiten Anderer, die geneigt ſeyn möchten, den Achtſpruch an ihm zu vollſtrecken. Der wichtigſte Fall, der ſich an das ältere Recht anſchließt, und den auch das Geſetz vor Augen hat, in dem es gerade bei den Tödtungen von der Acht, alſo Mordacht, handelt, iſt der, wo die Verwandten des Entleibten, ſich zu Vollſtreckern des Urtheils machen wollen, indem ſie damit zugleich die alte Blutrache ausüben [18]). Hier bedarf man eines Schutzes, der auch verſchieden iſt von der nach den eben betrachteten Artikeln geſtatteten Befugniß ſich nochmals vertheidigen zu dürfen; es iſt nicht hinreichend, daß ſich der Flüchtige vor Gericht ſtellen darf, wo er nichts anderes, als ein rechtliches Verfahren zu gewärtigen hat; er ſoll auch, ohne eine unrechtmäßige Gewalt fürchten zu müſſen, ſich zu dem Gericht begeben, und wenn ihm ſeine Ent-

---

[17]) Bamb. Art. 241. — „Alſo nym ich dein leyb und gute auß dem friede, und thu ſie in dem unfriede und kunde dich erloß und rechtloß — und ſollt auff keiner ſtraſſe, noch in keiner muntat die Kayſer oder König gefraget haben, mindert frieden noch gleyt haben ꝛc.“

[18]) Meine Unterſuchungen S. 226. ꝛc. vgl. mit S. 338. ꝛc. Daß ſich noch ſpäter Spuren dieſes Rechts der Familien- und Blutrache in mancher Weiſe finden, habe ich auch daſelbſt nachzuweiſen geſucht. Auch iſt S. 297. ſchon die Bedeutung und urſprüngliche Stellung des ſichern Geleites nachgewieſen. Vgl. die Not. 261. daſelbſt.

Entſchuldigung gelingt, ſich von demſelben wieder entfernen können. Von den Artikeln der Bamb. H. G. O., denen in der C. C. C. keine Beſtimmung entſpricht, aus den früher erwähnten Gründen [19]), gehören folgende hierher, in welchen, was für uns wichtig iſt, auch der Ausdruck Geleite, und zwar in demſelben Sinne, wie früher bei dem Zeugen, nehmlich als Schutz gegen Gewalt, gebraucht wird.

„Von vergleyttung des beclagten.“

Art. 242. „Item würd dann der angezogen tetter begeren, jnn zum rechten zu vergleyten, ſo ſol jnn unſer Amptman oder Caſtner deſſelbigen endts zu und vom rechten für gewalt, aber nit für recht, vergleyten, an den enden, da wir zu gleyten haben, wie wir dann ſunſt pflegen zu gleyten.“

Dieſe Stelle enthält mehrere wichtige Punkte. Sie wiederholt zuerſt die Gewährung rechtlichen Gehörs, das ſelbſt dem Geächteten nicht verſagt werden ſoll; ſie ſichert, das Geleit zu, nicht gegen etwanigen Mißbrauch des Gerichts, — es ſoll keine Ausnahme vom Rechtsgang, weder gegen, noch für den Angeſchuldigten gemacht, er ſoll „nit für recht,“ ſondern er ſoll gegen Gewalt auf dem Wege zu und von dem Gericht, geſchützt werden, und zwar in der Art und an den Orten, wie überhaupt nach Landes Recht und Sitte das Geleite gewährt wird. Dieß wird uns nachher auf die politiſche Seite des Geleites führen, die unabhängig von der Ausübung der Strafrechtspflege, aber auch neben derſelben vorkommt.

---

[19]) S. oben Not. 15 — 17.

Hieran ſchließt ſich der Art. 246.:

„Einen der in die mordtacht erkannt iſt, nit zu vergleiten, on willen der Cleger."

„Item ſo dann einer (wie ob ſtet) in die mordtacht erkannt würdt, ſol er fürter von uns, unſern Amptleuten oder Richtern, on verwilligung der ancleger in keinerley weyß vergleyt werden."

Dieſe Beſtimmung, welche wie jene Rechtsbücher überhaupt, auf der Vorausſetzung des Anklage-Verfahrens beruht, iſt noch eine Folge des Princips, welches ſich zur Zeit der Abfaſſung dieſer Entwürfe zwar nicht mehr in der urſprünglichen Allgemeinheit geltend macht, aber doch auch nicht ganz entfernt iſt, nehmlich der Auffaſſung des Verbrechens von der privatrechtlichen Seite, der Rechtsverletzung, und der dafür zu nehmenden Rache, oder einer andern Genugthuung zur Beilegung des Streites [20]). Durch die Verletzung wird der Anſpruch auf eine Genugthuung begründet, der ſich anfangs in der Verfolgung des Gegners äußert, dann aber, es möge Compoſition verheißen oder ein Urtheil, und zwar nach vorherigem Gehör des Angeklagten, oder gegen den Ungehorſamen, ergangen ſeyn, als ein obligatoriſches Verhältniß zwiſchen den Partheien darſtellt. Denn, daß zum Theil ſelbſt der öffentlichen Strafe, welche erſt neben, dann ſtatt der Privatſtrafe erkannt wurde, dieſe Bedeutung noch beigelegt wurde, iſt bereits erinnert und durch Folgen, die ſich noch lange Zeit nachher er-

---

[20]) S. die vorige Note und Meine Unterſuchungen S. 229. ꝛc. und die erſte dieſer Abhandlungen.

hielten, beſtätigt worden [21]). Nun ſpricht unſer Artikel zwar nur im Allgemeinen von dem Kläger, ohne deſſen Einwilligung dem Geächteten nicht das Geleit gegeben werden ſolle. Aber, ſo wie dieſe allgemeinere Faſſung wenigſtens kein Grund iſt, die Verwandten des Getödteten auszuſchließen, ſo glaube ich, laſſen ſich noch beſtimmtere Beweiſe dafür vorlegen, daß ſogar vorzugsweiſe die Verwandten hier gemeint ſeyen, von denen es auch am natürlichſten zu erwarten iſt, daß ſie von der vorzüglichen Berechtigung zur Anklage Gebrauch machen werden [22]), gleich wie in Ermanglung derſelben, und ohne einen andern (zufälligen) Kläger abzuwarten, auch nach der Bamb. und der C. C. C. von Amtswegen geklagt und geſtraft werden ſollte [23]). Der fremde Kläger würde nehmlich der Regel nach nicht ein ſo ſelbſtſtändiges Recht und Intereſſe gegen das Princip der Gerechtigkeit geltend machen können, nach welchem dem, der ſich ſpäter zur Unterſuchung ſtellen und rechtfertigen will, das rechtliche Gehör nicht ſollte abgeſchnitten werden dürfen. Denn einen Nachtheil, wie er den falſchen Ankläger trifft, hat er wenigſtens deshalb nicht zu fürchten, daß gegen die verhängte Mordacht Wiedereinſetzung erfolgt, und wenn das nunmehr einzuleitende Verfahren, dieſe Folge haben ſollte, ſo fordert es die Gleichheit der Rechte der Partheien, daß er dagegen

---

21) Meine Comment. de antiquiss. Rom. jure crimin. §. 20. ꝛc. 32. ꝛc. und Meine Unterſuchungen S. 122. ꝛc. — 126 — 138. 320. ꝛc.

22) Meine Unterſuchungen S. 135.

23) Bamb. Art. 10. P. G. O. Art. 6. und die erſte Abhandlung.

nicht geſchützt werde; auch iſt bekanntlich der Ankläger nicht rechtlich begünſtigt [24]). Aber ein anderer Geſichtspunkt zeigt ſich, wenn wir uns unter den Klägern die durch den Todtſchlag verletzten Familienglieder denken. Dieſe haben, wie geſagt, durch das Urtheil ein Recht erworben, welches gewiſſermaßen, in der Acht den frühern Zuſtand, erlaubter Privatrache wieder herſtellt. Von dieſem Standpunkt aus, der freilich unſern geläuterten Rechtsanſichten fremd iſt, erklärt es ſich einfach, daß die Verwandten ihre Einwilligung zum Geleite geben, worin zugleich eine Verzichtleiſtung auf jede Racheübung und mit dieſer erſt die wahre Sicherheit für den in die Acht Verurtheilten enthalten iſt.

Endlich bietet noch einen unterſtützenden Grund für dieſe Auslegung der Art. 181. der Bamb. dar:

„So einer umb ein entleybung peynlich beklagt würde, und derhalb entſchuldigung außfüret."

„Item ſo aber eyner yemant unlaugenbarlich entleybt het, darumb peynlich angenommen und beclagt würde, und doch ſolcher entleybung halb, urſach fürprecht, das er mit Recht nit peynlich geſtrafft werden ſolte, alßdann ſoll dieſelbig ſach, zwiſchen beyden teylen bürgerlich gerechtvertigt werden, und die partheyen unſern Amptmann oder Richter pflicht und nothdürftigen beſtalt thun, ſolchen außtrag vor unſern Räten zu nemen und zu geben, entlich und on alle wegerung" [24b]).

---

[24]) S. die Not. 23. angeführte Abhandlung.

[24b]) Vgl. Bamb. und Brand. G. O. Art. 270. 271. und was darüber weiter unten bemerkt wird.

Dieſer Artikel, welcher im Syſtem der Bamb. zwiſchen den beiden Artikeln ſeine Stelle hat, deren einer den Fall behandelt, „wo der in der Mordacht Befindliche, in das Gefängniß kam, und ſeine Unſchuld ausführen wollte" (Art. 180.), der andere aber den Fall, wo er, ehe er ſich vor Gericht ſtellt, ſeine Entſchuldigung darthun will (Art. 182.), iſt in der P. G. O. weggelaſſen, welche nur den erſten und letzten (Art. 155. und 156.), und auch dieſe mit den früher erwähnten Abweichungen aufgenommen hat [25]). Dieſer Umſtand ſpricht aber für die aufgeſtellte Anſicht, da die P. G. O. ſich gerade auch darin von der Bamb. unterſcheidet, daß ſie jenen wenigen Ueberreſten des alten Grundſatzes der Privatrache und der bürgerlichen Seite des Verbrechens — dem Wehrgelde — keinen Einfluß mehr geſtattet, und wenn demnach in einzelnen Beſtimmungen ſich noch zeigt, ſo iſt dieß, wie in ähnlichen Fällen, für ein Verſehen, nicht für eine abſichtlich hingeſtellte Conſequenz zu achten, und rührt auch zum Theil daher, daß das Geſetz nicht ſofort die hergebrachte Sitte zu hemmen vermag. Uebrigens entſteht dadurch, daß dieſer Artikel in der P. G. O. fehlt, keine Lücke im Syſtem, da in andern Stellen (Art. 138—151.) die Beſtimmungen über die Entſchuldigungen, und das dabei zu beobachtende Verfahren, in ſtrafrechtlicher Hinſicht ausführlich vorgetragen ſind. Zwar finden ſich dieſe auch in der Bamb. (Art. 163—176.), allein dieſe machen, nach dem bisher erwähnten Syſtem den Art. 181. nicht entbehrlich [26]).

---

[25]) Vgl. Not. 16.

[26]) Sie handeln nehmlich nicht von der privatrechtlichen Seite des Verbrechens.

Haben wir nun das hiſtoriſche Princip des Geleits im Zuſammenhang mit dem Verfahren und den urſprünglichen Anſichten über das Strafrecht nachgewieſen, ſo wird es jetzt möglich in dieſer Betrachtung noch weiter zurückzugehen. Der Ausdruck darf dabei weniger in Betracht kommen, als die Sache, und das ihr zu Grunde liegende Verhältniß, welches ſich ſchon ziemlich früh nachweiſen läßt. Die Fehde und der ihr ein Ende machende beſondere Friede, der Vertrag, ſo wie der ſpäter in größerem Umfang ſich äußernde allgemeine Friede, im Sinne des deutſchen Rechts, ſind auch hier der Ausgangspunkt unſerer Betrachtungen, die jedoch an bereits Bekanntes ſich anſchließen. Der einer Verletzung, insbeſondere einer Tödtung, überhaupt aber eines Friedensbruches Angeklagte, konnte vor Gericht erſcheinen, und dann hatte er die Wahl, die verwirkte Buße zu entrichten, oder ſich der Fehde zu unterziehen, wenn er nicht die That leugnen wollte und konnte, wovon früher bei der Lehre vom Reinigungs-Eide gehandelt worden iſt. Wenn er aber ſich weigerte, vor Gericht zu erſcheinen, ſo war die nächſte unmittelbare Folge und die einzige, in der ſich in frühſter Zeit die Volksgewalt über den Freien wirkſam äußerte, daß er der Theilnahme an dem Frieden, und den dieſen gewährenden Verhältniſſen und Verbindungen der Gemeinden und der Familien verluſtig erklärt wurde; er war daher ſchutzlos, indem theils Niemand ihm beiſtehen durfte, theils die Rache ſeiner Gegner ihn um ſo ſicherer erreichen konnte, als er ihr allein ſchwerlich zu widerſtehen vermochte. Die Flucht in fremden Gauen gewährte ihm vielleicht faktiſche, aber nicht rechtliche Sicherheit

und Frieden. Dieſes Verhältniß hat Rogge[27]) gründlich dargeſtellt. Nimmt man nun hiezu, daß früher vor der eigentlichen Ausbildung der Landeshoheit der von dem Volke, den Volksgemeinden und der Geſammtbürgſchaft geſicherte Friede, der einzige war, ſo ergeben ſich die Folgen dieſer Art des Bannes und der Friedloserklärung auf einfache Weiſe. Allmählig greift aber das Verhältniß des Königs auch hier mehr ein; der Friede wird auch von ihm geboten, und von ihm geſchützt, und gleichzeitig beginnt aus den urſprünglichen geringen Anfängen, ein eigentliches Strafrecht ſich zu bilden; zwar, wie wir geſehen haben, noch mit dem Charakter der Perſönlichkeit, der Privatrache, mit der ſubjektiven Seite behaftet, aber doch ſo, daß der Weg gebahnt iſt, die öffentliche Rückſicht, wie es ſpäter geſchehen iſt, zur hauptſächlichſten zu erheben[28]). Beide Gründe vereinigt, wirken nun dahin, daß dem Flüchtigen, der ſich noch nicht mit ſeinem Gegner und mit dem König abgefunden hatte, die Möglichkeit dazu, ohnerachtet des Bannes, durch eine Sicherung ſeiner Perſon gegen Gewalt auf Verlangen gewährt wird; denn der vom König, oder deſſen Beamten ausgegangene Bann, kann auch durch ihn gelöſet oder ſuspendirt werden, und dann macht, auch das Eingetretene einer, wenn auch noch ſo mangelhaften Weiſe, der Ausübung der Strafrechtspflege, im Intereſſe des Ganzen es nothwendig, ſelbſt dem Flüchtling, der zunächſt nur wegen ungehorſamen Ausbleibens, nicht in Anſehung der zur Laſt gelegten That, für friedlos er-

---

[27]) Das Gerichtsweſen der Germanen. §. 5. ꝛc. Vgl. Phillips deutſches Privatrecht I. S. 214.

[28]) Meine Unterſuchungen S. 236—248.

klärt worden war, die Gelegenheit zu geben, ſich auf eine mehr materielle Weiſe zu vertheidigen. Wäre gleich anfangs die Rückſicht auf die Wahrheit der Schuld, oder des Gegentheils im ſtrafrechtlichen Sinne, vorherrſchend geweſen, ſo könnte man mit größerer Beſtimmtheit behaupten, die Flucht und die Verweigerung des Erſcheinens vor Gericht, bekunden das Daſeyn der Schuld, deren Gegentheil ja ſonſt, mit Eideshelfern dargethan werden durfte. Da aber das Verhältniß ein mehr formelles war, entweder die Sache in eine zu übernehmende Obligation, der Entrichtung der Buße, zu verwandeln, oder die Folgen der Weigerung, Fehde ꝛc. zu tragen, ſo läßt ſich jene Behauptung, wie zutreffend ſie auch in den meiſten Fällen geweſen ſeyn möge, doch nicht als Regel aufſtellen, und es darf ſpäter, ſo wenig die formelle Verneinung den Beweis der Nichtſchuld liefert, eben ſo wenig der Ungehorſam in Beziehung auf das Verfahren zugleich als ein ſtillſchweigendes Geſtändniß angeſehen werden; auch iſt es bekannt, daß das Bekenntniß überhaupt von minderer Wichtigkeit war. Die Aenderung von der hier die Rede iſt, womit alſo auch die Vorausſetzung als möglich gedacht werden muß, daß Jemand, dem Vertheidigungs- und Entſchuldigungs-Gründe zur Seite ſtehen, entflohen ſeyn kann, fällt alſo einer Zeit anheim, wo dem Recht der Fehde Grenzen geſetzt werden, der Reinigungs-Eid durch den Einfluß des Chriſtenthums auf die Wahrheit ſelbſt bezogen, und nach dieſer Rückſicht beſchränkt wird, und wo die Ausmittelung der Unſchuld oder Schuld ſelbſt eine Aufgabe wird, zu deren möglichen Löſung eine Ausnahme von der ausgeſprochenen Friedloſigkeit zugelaſſen wird. Aber nur als Ausnahme

kann ſich dieſe Rückſicht geltend machen; für die Rechtspflege ſelbſt iſt es unerläßlich, Beſtimmungen für den Fall der Weigerung des Angeklagten vor Gericht ſich zu ſtellen und Rede zu ſtehen, zu treffen, und er darf durch ſeinen Ungehorſam nicht Vortheile erlangen. Später erſt ſind, bei dem Entſtehen deſſen, was wir zur Polizei zu rechnen pflegen, die Mittel den Flüchtigen dem Gericht zu unterwerfen, vermehrt und nachdrücklicher geworden, und damit iſt das ſichere Geleite mehr als eine ſubſidiare Maaßregel ſtehen geblieben; früher ſcheint es häufiger geweſen zu ſeyn, wie denn auch die größere Leichtigkeit eine Acht herbeizuführen, öfter Veranlaſſung zu einer Reſtitution gegen dieſelbe geweſen ſeyn mag. Für dieſe Anſicht laſſen ſich jedoch, wenigſtens für die zwiſchen den älteſten Rechtsbüchern und Formelſammlungen [29]), und den ſpätern Rechten des Mittelalters,

---

[29]) Man vergleiche aus den Formelbüchern, über die Beilegung des Streits, die Gewährung der Sicherheit des Verletzers, von Seiten der Gegner, allmählig unter Autorität des Fürſten ꝛc. folgende Stellen, deren Beziehung auf den Gegenſtand unſerer Unterſuchung, nach dem bis jetzt Ausgeführten, erſichtlich iſt. Formul. Marculf. Lib. I. Cap. 32. Lib. II. Cap. 18. Appendix Cap. 10. 23. 51. Formul. Sirmond. Cap. 39. Formul. Bignon. Cap. 7. 8. Formul. Lindenb. 121—125. Vgl. 126. Formul. Andegav. Cap. 5—7. 38. 41. 43. Vgl. Du Cange du Frêsne Gloss. sub voc. conducere, conductores, conductus, und die daſelbſt angeführten Belegſtellen. Ferner: Guta Lagh Cap. IX—XIII. und Schildeners Anmerkungen dazu; nebſt der Vorrede S. XLVI. f. und das in der erſten Abhandlung Not. 61. angeführte altisländiſche Rechtsbuch Gragas Pars II. Tit. XIII. XV. CIX—CXII. CXIII. und Schlegel in der citirten Diss. §. 31. S. XCVII. Hiebei iſt zu bemerken, daß die gewöhnliche Strafe der Tödtung die proscriptio war, und daß der Proſcribirte nicht nur ungeſtraft getödtet werden durfte, aber nur wenn er verur-

nicht ſowohl entſcheidende einzelne Stellen anführen [30]), ſondern wie in andern Lehren, müſſen hier, der innere Entwickelungsgang der Geſchichte des Rechts und der Sitten und Analogieen, zur Unterſtützung der Hypotheſen zu Hülfe genommen werden. Aber die Wahrſcheinlichkeit wird faſt zur Gewißheit geſteigert, wenn ſich die bekannten Thatſachen, die uns ältere Quellen kennen lehren, nicht die, welche wir aus ſpätern ſchöpfen, ſo aneinander ſchließen, und auf ſolche Weiſe verbinden laſſen, daß man nicht annehmen kann, es habe ſich in der Zwiſchenzeit ein entgegengeſetztes Princip gebildet, welches minder ſpurlos untergegangen ſey, ſondern man iſt vielmehr berechtigt, anzunehmen, daß ſich vermittelnde Uebergänge, die zum Theil nur der wiſſenſchaftlichen Ahnung und dem hiſtoriſchen Sinn erkennbar ſind, geſtaltet haben. Nun läßt ſich ein ſolcher Zuſammenhang

---

theilt war, ſondern daß ſelbſt dem, der dieſes vollbrachte, eine Belohnung zu Theil wurde. Aber hier fanden manche Beſchränkungen und Beſtimmungen über Frieden ꝛc. ſtatt, welche ſich an das anſchließen, was wir als geſchichtliche Grundlage unſerer Lehre aufgeſtellt haben.

30) Die Stelle aus dem Sachſenſpiegel Buch II. Art. 27. darf man nur ganz leſen, um ſich zu überzeugen, daß ſie nicht hieher gehöre. Man führt gewöhnlich das Fragment an: „Wer ſein Leib und Leben wagen will, der iſt Geleitfrei," und ſucht daraus auch abzuleiten, daß in jeder gerichtlichen Ladung das ſichere Geleite enthalten ſey, was ſchon Kleinſchrod a. a. O. §. 8. widerlegt hat. Die Stelle handelt vom Brücken- und Waſſer-Zoll, und wer davon befreit ſey. Dann heißt es weiter: „Ein jeglich Mann ſoll auch Zoll frey ſeyn, er fahre, reite oder gehe, wo er Schiffs oder Brücken nicht bedarf, und mit Recht ſey er auch Geleits frei, wo er ſein Leib und Gut wagen will. Wenn er aber Geleit giebt, der ſoll ihn vor Schaden bewahren bei ſeinem Geleit, oder ſoll ihm den Schaden gelten."

zwiſchen dem ſo eben Ausgeführten, und den von der Bamb. aufgezeichneten Gebräuchen nicht wohl verkennen, und es bedarf daher hier nicht einer weitern vergleichenden Darſtellung. Wir betrachten aber noch einige bisher nicht erwähnte Artikel der Bamb., welche das öffentliche Intereſſe des Rechts, neben dem Recht der Partheien hervorheben.

„Wie einer auß der mordtacht gethan wirdt.“

Art. 247. „Item ſo dann ein ſolcher echter umb die begangne tat, mit verwilligung der partheyen endtlich mit uns vertragen würdt, ſo behalten wir uns bevor denſelben echter ſelbſt auß der acht zu thun, und jnn ſollicher Abſolution auff ſein beger brifflich urkund zugeben [31].“

Das Geleite bezog ſich, wie wir ſehen, darauf, daß der Geächtete ſich zu ſeiner rechtlichen Vertheidigung 2c. vor Gericht ohne Gefahr ſtellen könne. Das weitere Verfahren wird durch den Ausgang des Prozeſſes beſtimmt. Wird er nehmlich ſchuldig gefunden, ſo trifft ihn die Strafe, ſo fern er nicht, wie hier vorausgeſetzt wird, was auch der Fall iſt, wenn er bei erwieſener Schuld, gewiſſe Vertheidigungsgründe ausgeführt, ſich mit den Gegnern und dem Landesherrn vertragen hat; dann bleibt es dem letztern vorbehalten, die Acht aufzuheben. Daſſelbe muß auch bei völliger Unſchuld erſtehen [32]. Wir ſehen auch hier, wie ſich der uralte Geſichtspunkt der dem Gegner geſtatteten Rache,

---

[31]) Vgl. die Brand. P. G. O. Art. 247.

[32]) Nach der Analogie von Bamb. Art. 243. 244.

und der, nur mit deſſen Einwilligung möglichen Vertragung mit dem Landesherrn noch praktiſch erhalten hat.

Noch intereſſanter ſind hiefür die beiden folgenden Artikel, welche unter der Ueberſchrift:

„Von vergleytung der todtſchleger"

ſtehen.

Art. 270. „Item kein todtſchleger ſol unter dem jar vergleyt werden, wider des ancleger s willen, er wölt dann am landgericht ein notwehr außfüren, oder ander urſachen fürbringen, die ſein gethane entleybung entſchuldigen möchten, wie das unſer vorgemeldt landtgerichts ordnung zuleſt."

Art. 272. „Item ſo ſich nach verſcheynung eines jars, ein todtſchleger zu buß und beſſerung erpeut, nach erkenntnuß unſer Rete, ſo mag der von uns gleyt erlangen, des entleybten freunde willigen darin oder nit, wie dann unſers hoffs gewohnheit und herkommen iſt, doch ſollen hiemitt die boßhafftigen, fürſetzlichen mörder nit gemeynt ſein [33])."

Zuerſt iſt zu erinnern, daß bei dem Gegenſatz, der hier aufgeſtellt wird, wonach kein Geleite, unter dem jar „ohn des Anklägers Willen" ſtatt finden ſoll (Art. 270.), und nach einem Jahre, wo es auch ohne Einwilligung der Freunde des Entleibten ertheilt werden darf — die früher verſuchte Auslegung des Art. 246. ihre völlige Rechtfertigung findet, und unter den Klägern die zur Forderung des Wehrgel-

[33]) Wörtlich übereinſtimmend ſind Brand. P. G. O. Art. 270. 271.

des berechtigten Verwandten zu verſtehen ſind, wodurch der Zuſammenhang mit dem ältſten Rechte noch unzweifelhafter hervortritt. Faſſen wir aber dieſen Zuſammenhang auf, ſo ergiebt ſich, daß das Jahr nicht von der Zeit der verübten That an zu rechnen ſey, ſondern von der erkannten Acht an; dann, nicht ſofort und ohne Klage, konnten die Verwandten zur Verfolgung des Gegners ſchreiten; dieß durfte ſchon im älteſten Rechte, nachdem die Volksgewalt ſich im Gerichtsgange äußerte, und das Compoſitions-Syſtem, als eine Beſchränkung des ältern Fehde-Rechts, wirkſam wurde [34]), nicht unmittelbar geſchehen; noch weniger wäre dieß denkbar in einer Zeit, wo nur ſchwache Reſte der frühern Gebräuche ſich erhalten hatten. Auch wäre es nicht gut erklärlich, weshalb, wenn der Ankläger noch keinen Schritt zur rechtlichen Verfolgung des Verbrechers gethan hatte, er ſich widerſetzen wollte und dürfte, wenn dieſer rechtliches Gehör verlangt. Wir müſſen alſo das Verfahren, welches früher nach den Beſtimmungen der Bamb. G. O. geſchildert iſt, vorausſetzen, wo, nach vergeblicher Aufforderung des entflohenen Thäters die Acht gegen ihn ausgeſprochen worden war. Hier kann ſich der Ankläger auf ein Urtheil berufen, und auch dieſes ſoll ihm nicht geſtattet ſeyn, wenn der Todtſchläger den Beweis der Nothwehr oder anderer rechtlicher Entſchuldigungen führen zu können angiebt. Nach dem Ablauf eines Jahres kann ſich die Rache der Verwandten befriedigt fühlen, daß der Thäter ſo lange, in Folge des Achterkenntniſſes, ſich ohne Frieden

---

[34]) Vgl. was ich in den Unterſuchungen S. 226. Not. 185. gegen die Anſicht Rogge's ausgeführt habe.

befand; er ſoll dann, wenn er auch ſchuldig iſt [35]), dieß ergiebt ſich aus ſeinem Anerbieten „zu buß und beſſerung" — das Geleite, ſelbſt wenn die Gegner nicht einwilligen, erhalten, alſo dieſen jede Gewalt unterſagt ſeyn, und zwar nach alter Gewohnheit und Herkommen. Die Ausſchließung der Mörder, im Gegenſatz der Todtſchläger, erklärt ſich nach dem Standpunkte des damaligen Rechts, ohne Schwierigkeit; hier tritt ſtets eine härtere Folge ein, und mit der „Buße und Beſſerung" wird dieſes Verbrechen, wenigſtens nicht dem öffentlichen Rechte gegenüber getilgt [36]). Es wird nicht nöthig ſeyn, auf die Bedeutung des Geleites und auf die Verbindungen mit der erwähnten Grundlage zu der allmähligen Ausbildung des einheimiſchen Strafrechts noch beſonders aufmerkſam zu machen.

Die bisherige Betrachtung des ältern Rechts und ſeiner Quellen hat zu dem Reſultate geführt, daß das Geleite im Criminalrecht den Charakter einer Wiedereinſetzung gegen die wegen ungehorſamen Ausbleibens

---

[35]) Bamb. Art. 163., welcher von entſchuldbaren Entleibungen handelt: — „als etlich allein von peynlicher und dann etlich andere von peynlicher und bürgerlicher ſtraff entſchuldigt;" vgl. mit Art. 164.: „Item welcher ein rechte nothwehr zu rettung ſeines leybs und lebens thut, und den jhenen der jn alſo benötigt, in ſolcher nothwehr entleybet, der iſt darumb niemant nichts ſchuldig." Wenn alſo Buß und Beſſerung angeboten wird, ſo muß im Falle des Art. 271. ein anderer Fall, als der einer ſolchen entſchuldbaren Tödtung vorausgeſetzt werden. Vgl. C. C. C. Art. 138. 139. und meine Erklärung dieſer Stellen in den Unterſuchungen S. 336. ꝛc. 341. Not. 323—325.

[36]) Vgl. über die verſchiedene ſtrafrechtliche Behandlung von Todtſchlag und Mord, Bamb. Art. 162. und C. C. C. Art. 137.

ergangene Acht, habe. Der Geleitete erhält, was er früher ſelbſt nicht geſucht hatte, rechtliches Gehör und Gelegenheit zur Vertheidigung, und was damit nothwendig in Verbindung ſteht, Sicherheit, theils gegen Angriffe ſeiner Gegner, theils gegen Handlungen des Gerichts ſelbſt, welchem gegenüber der Ungehorſame ja auch für friedlos erklärt worden war. Von einer Befreiung vom Gefängniß iſt dabei wenigſtens nicht weſentlich die Rede, vielmehr ſind oben [37]) Stellen angeführt, aus denen ſich ergiebt, daß dieſes ohnerachtet ſolcher Reſtitution gegen die Mordacht ſtatt fand; indeß iſt auch die Freiheit von Unterſuchungshaft nicht ausgeſchloſſen [38]). Sieht man aber von dem Falle, den die alten Rechte vorzugsweiſe vor Augen haben, und bei welchem ſich das Syſtem der Privatrache am deutlichſten äußerte, von der Tödtung ab, und nimmt man allgemeinere Rückſicht auf andere Verbrechen, ſo liegt der Gedanke ſehr nahe, daß wenn ſich derjenige, dem ſeine Flucht Sicherheit gewährt, vor Gericht ſtellte, alſo freiwillig aus ſeinem Aſyl — ich nehme das Wort hier nicht in der techniſchen engern Bedeutung — herausbegab, er auch dann noch gegen jede Willkühr ſich zu ſichern ſuchte, und dieſen Zweck nicht beſſer erreichen konnte, als wenn er von Haft befreit blieb, und dadurch im Stande war, jeden Augenblick wieder ſich den Verfolgungen zu entziehen. Dieß würde ein Gegenſtand einer Unterhandlung, und eine Bewilligung, insbeſondere von Seiten des Kaiſers, der

---

[37]) Bamb. Art 180. „So einer in mordtacht were in gefängniß kommen, und ſein unſchuldt ausfüren wolt.“ Brand. Art. 180. P. G. O. Art. 155.

[38]) Bamb. Art. 182.

Landesherrn und derjenigen, welchen das Geleits-Recht als ein Hoheits-Recht zuſtand.

Hier iſt, wenn man eine geſchichtliche Grundlage anerkennt, der Punkt, wo ſich die ſpätere Praxis des ſtrafrechtlichen Verfahrens, und das in noch ausgedehnterem Sinne und unter andern Vorausſetzungen vorkommende ſichere Geleite, welches man das politiſche nennen kann, an das ältere Recht anſchließen. Selbſt abgeſehen von der Begünſtigung der Vertheidigung und der Beſchränkung des Achtprozeſſes, mußte die Thatſache, daß ſich Jemand in Sicherheit gegen gerichtliche Verfolgung befand, als ein Recht, ich möchte ſagen als ein Beſitz, betrachtet werden, auf deſſen Schutz der einen Anſpruch hat, welcher ſchon, indem er ſich freiwillig vor Gericht ſtellt, und doch einer Verurtheilung als wenigſtens mögliche Folge, entgegenſehen muß, etwas von ſeinem Vortheil aufgiebt [39]). Zur Anerkennung dieſes Rechts wird ſich das Gericht um ſo eher geneigt finden laſſen, als es der Regel nach kein anderes Mittel hat, des Angeſchuldigten habhaft zu werden. Dieß führt uns auf einen andern, hiermit nahe zuſammenhängenden Umſtand. Die frühere Zeit, der das angehört, was die geſchichtlichen Grundlagen ausmacht, kannte nur das

An-

---

39) Einen Vortheil im gewöhnlichen Sinne, um der Strafe zu entgehen, gewährt ihm ſeine Entfernung. Wir übergehen, daß er dadurch auch manche Nachtheile leidet, wenn er nehmlich irgend etwas zu verlieren hat. Denn daß ihm, wenn, wie meiſt vorausgeſetzt wird, die Hoffnung vorhanden iſt, ſeine Entſchuldigung auszuführen, ſeine Stellung vor Gericht, alſo die theilweiſe Verzichtleiſtung auf jene äußere Sicherheit, ſelbſt vortheilhaft ſey, und eben darum von ihm geleiſtet worden, iſt aus der bisherigen Darſtellung erſichtlich.

Anklage-Verfahren. Eine Thätigkeit des Gerichts den flüchtigen Angeklagten ſeiner Gewalt zu unterwerfen, kam damals, ſelbſt abgeſehen von dem Mangel deſſen, was wir Polizei nennen, nicht vor, und konnte es nicht, bei der damaligen Rechtsverfaſſung. Anders mußte ſich die Sache geſtalten, nachdem allmählig das Unterſuchungs-Prinzip mehr Eingang fand, und bald das vorherrſchende, endlich ausſchließende, im Strafverfahren wurde. Dieſe Erſcheinung iſt, wie ſie ſich vorbereitet und ſtufenweiſe ausbildet, im Zuſammenhang mit der Ausbildung der Landeshoheit, und mit der Rechtspflege im öffentlichen Intereſſe, gleichzeitig mit den Beſchränkungen des Fehde-Rechts und der Familien-Rache der Acht ꝛc. und macht den Uebergang zu der ſpäteren Geſtaltung, welche ſchon die P. G. O. im Gegenſatz gegen die Bamberg. H. G. O. beſtimmter ausdrückt, wiewohl ſie der Form nach von dem Anklage-Prozeß ausgeht, ohne das Weſen des Unterſuchungsverfahrens zu verkennen [40]). Je mehr alſo das Anklage-Verfahren, und was mit demſelben nach den eigenthümlichen einheimiſchen Rechtsgrundſätzen in Verbindung ſtand, in den Hintergrund trat, nehmlich die Vorausſetzung der Fehde und die Folgen der Acht, deſto mehr mußte das ſichere Geleite in ſeiner urſprünglichen Eigenſchaft an Wichtigkeit und Anwendbarkeit verlieren. Dagegen mußte das Beſtreben von Amtswegen auch ohne das Auftreten und die Thätigkeit eines Klägers abzuwarten, eine Unterſuchung einzuleiten, auch auf eine Vervielfältigung der Mittel führen, ſich der Perſon des Verdächtigen möglichſt zu ſichern. Dieß hatte mehrere wichtige Folgen.

---

[40]) S. die erſte Abhandlung.

Der Achtprozeß wurde ſeltener, weil bei der Anwendung ſolcher von Amtswegen eingeleiteter Maaßregel, der Fall nicht mehr ſo häufig eintrat, daß Jemand ſich der Unterſuchung entziehen konnte, und weil im Unterſuchungsprozeß, nicht ſofort, wie bei dem Anklageverfahren, auf die Contumacial-Verurtheilung angetragen werden konnte, da das Intereſſe des verletzten Klägers ein weſentlich anderes iſt, als das des, die Gerechtigkeit ausübenden Gerichts. Das Geleite, in ſofern es gegen die Folgen der Acht erbeten wurde, wie wir ſie bisher mit Berückſichtigung des Gerichts und der Gegner kennen gelernt haben, verlor damit gleichfalls ſeine größere Anwendbarkeit und kam um ſo ſeltener in der frühern Bedeutung vor, als jetzt, vor der Ertheilung deſſelben, eben weil nur der Geſichtspunkt des öffentlichen Strafrechts vorherrſchend wurde, die Bemühung dahin ging, den Angeſchuldigten unbedingt der Gewalt des Gerichts zu unterwerfen, ſo daß die bedingte Befreiung nur aushülfsweiſe, d. h. in Ermangelung anderer Mittel des Gelingens, eintrat [41]. Auf der anderen Seite erhielt aber die Anwendbarkeit des Geleites jetzt eine Erweiterung, indem es auch für die Fälle zuläßig wurde, wo ein Achtprozeß, namentlich die frühere Mordacht, nicht ſtatt fand. Man hat den Gegenſatz des ältern Geleites und des jetzigen dadurch zu bezeichnen geſucht, daß erſteres gegen unrechtliche, letzteres gegen rechtliche Gewalt Schutz gewähren ſolle. Allein dieß iſt nicht ganz rich-

---

[41]) Edictalladungen, Requiſitionen, Auslieferungs-Geſuche, auf den Grund beſtehender Verträge und mit Beobachtung der geſetzlichen Erforderniſſe, oder auf den Grund der allgemeinen Verbindlichkeit zu gegenſeitiger Rechtshülfe, Steckbriefe ꝛc.

tig. Wir haben geſehen, daß die Gewalt gegen den Ungehorſamen, nach den frühern Rechtsbegriffen und der Volksſitte keine unrechtliche war, und gegen rechtliche Gewalt kann es keinen Schutz geben, und bedarf es deſſelben auch nicht. Iſt die Gewaltmaaßregel in beſtimmten Fällen nicht durch die Nothwendigkeit geboten, ſo wäre ihre Anwendung auch nicht rechtlich; dennoch liegt etwas Richtiges in jener Unterſcheidung. Denn theils war auch im erſten Falle oft widerrechtliche Gewalt zu fürchten, bei den damals herrſchenden Mißbräuchen und dem oft fühlbaren Mangel innerer Ordnung und Sicherheit in den Zeiten des Fauſtrechts und bei den Beſchränkungen erlaubter Selbſthülfe und Rache ſtand ſelbſt dem Gegner gegen den Geächteten nicht jegliche äußerſte Gewalt frei; auch wurde ſelbſt die früher durch die Acht erlaubte Gewalt zu einer widerrechtlichen, nach ertheilter Erlaubniß ſich jetzt noch vor Gericht zu verantworten und es bedurfte daher auch hiefür eines Schutzes, der ſich bei den damaligen Verhältniſſen, auch auf nicht betheiligte Perſonen erſtreckte, wenn ſie deſſen bedurften, z. B. auf Zeugen, nach den oben angeführten Stellen; theils wird bei uns, wenn das Geleite einen Sinn haben ſoll, wirklich in ſofern etwas von der rechtlichen Gewalt nachgelaſſen, als die durch die Lage der Sache nothwendige Verhaftung nicht eintreten ſoll, alſo das Gericht die geſetzliche Strenge nicht anwenden will. Allein man darf nicht überſehen, daß hier nicht die Rede von einem Recht, im Sinne einer Befugniß iſt, von der nach Belieben Gebrauch gemacht werden durfte oder nicht, ſondern daß auf dem Standpunkt des öffentlichen Rechts, dieſes für den Beamten zugleich zur Pflicht wurde, wodurch ein Nachgeben von dieſer einen

andern Charakter erhält, der nur ausnahmsweiſe gerechtfertigt zu werden vermag. Dieſe Ausnahme gründet ſich aber hier darauf, daß das faktiſche dieſer Gewalt, die Möglichkeit, welche die Bedingung ihrer Ausübung iſt, dem Gericht nur durch den Angeſchuldigten ſelbſt, der ſich freiwillig ſtellt, geboten wird, und daher iſt ein Nachgeben, um das ſonſt nicht zu erreichende Ziel zu erlangen, nicht eine bloß politiſche Maaßregel, ſondern wie vorhin gezeigt iſt, ſie hat auch eine rechtliche Bedeutung. Darum wird es auch immer rathſam ſeyn, das Geleite zwar zu beſchränken, aber es überhaupt beizubehalten, und dem Staat nicht die Mittel zum rechten Zweck zu verkümmern.

Aber auch noch in anderer Hinſicht ſchließt ſich das neuere Geleite dem frühern und dem politiſchen an. Schon der Sprachgebrauch, ſowohl der einheimiſche als des Lateins des Mittelalters, weiſet auf eine Begleitung hin, einen Schutz gegen äußere Gewalt, der dem Vergleiteten in der Art geleiſtet würde, daß er ungehindert und ohne Furcht vor Angriffen ſich an einen beſtimmten Ort hin, und von da wieder weg begeben kann. Bei wirklicher Gefahr kam, wie im weitern und polizeilichen Sinn, eine Begleitung durch wehrhafte Männer vor; ſpäter, ſeitdem der Landfrieden hergeſtellt war, reichte in den meiſten Fällen eine Zuſicherung dieſer Möglichkeit der ungehinderten Reiſe, hin, auf deren Grund die nöthige öffentliche Hülfe erforderlichen Falles in Anſpruch genommen werden konnte [42]). Das

---

[42]) Vielleicht läßt ſich hierauf die Entſtehung unſeres jetzigen Poſtweſens zurückführen, nachdem früher die Reiſenden, z. B. Kaufleute, die mit Waaren auf Meſſen und Märkte zogen, ge-

Charakteriſtiſche des Geleites liegt nun nicht in der Begleitung, welche nicht ſtets erforderlich iſt, ſondern in dem Zweck, der durch dieſelbe geſichert werden ſollte, nämlich der freien und beliebigen Hin- und Rück-Reiſe. In dieſem Mittelpunkt vereinigen ſich alle Arten des ältern und neuern ſ. g. Geleites. Denn ſo fern dieſes jetzt in Criminalſachen gewährt wird, beſchränkt es ſich nicht auf die Befreiung vom Gefängniß, wie es nach der meiſt zu engen Darſtellung in unſern Lehrbüchern erſcheint, ſondern dieſe Befreiung iſt ſelbſt nur die unerläßliche Vorausſetzung, daß der Angeſchuldigte von dieſem Rechte Gebrauch machen könne. Daher wird mit vollem Grunde die herkömmliche Formel, daß der Angeſchuldigte „ohne Beſorgniß des Kerkers allezeit vor Gericht erſcheinen könne" gegen die Anſicht Mancher, eines auf eine gewiſſe Dauer beſchränkten Geleites [43]) ſo ausgelegt, daß jener an jedem Gerichtstage

---

gen Gewalt, namentlich der raubgierigen Ritter, durch Mannſchaft geleitet wurden. Bekanntlich wurde vor Maximilian I. Landfrieden ein Unterſchied zwiſchen dem erlaubten und andern Raub gemacht, der nachher wegfiel. P. G. O. Art. 126. vgl. mit Bamb. Art. 151. Sachſenſp. Buch II. Art. 27. u. 66. Später hat ſich hieraus ein Geleitsrecht, und die Berechtigung eine Abgabe zu erheben gebildet, wovon ſich bis auf unſere Tage noch der Gebrauch (oder Mißbrauch) in manchen Ländern erhalten hat, ein ſ. g. Geleitsgeld dem Reiſenden abzufordern, ohne daß dadurch eine Verbindlichkeit der erhebenden Landesbehörde anerkannt würde, den etwanigen Schaden, welchen Räuber ꝛc. ſtiften, zu vergüten. Da jetzt, bei veränderten Verhältniſſen und der Herſtellung der Sicherheit auf Landſtraßen, dieſe hiſtoriſche Vorausſetzung weggefallen iſt, ſo erklärt ſich mit Grund die allgemeine Stimme gegen das Geleitsgeld. S. auch die Note 48. a. E.

[43]) Manche wollten nehmlich das Geleit auf einen einzigen Terrain, andere auf eine gewiſſe natürlich zu berechnende Friſt beſchränken, innerhalb welcher er ſeine Rechtfertigung beizubrin-

frei erſcheinen dürfe, aber auch ſtets müſſe, und frei wieder abziehen könne. Man hat daher meiſt für jeden Termin mindeſtens drei Tage angenommen, nehmlich außer dem Gerichtstage, einen um ſich an den Ort des Gerichts zu begeben, den andern um in den früheren Aufenthaltsort zurückzukehren, ſo daß dann, wenn ſich der Angeſchuldigte am anderen Tage im Gericht betreten ließ, er die Verhaftnehmung zu gewärtigen hätte [44]). Aber eben hieraus, und indem das Gericht den Angeſchuldigten gegen die Haft ſicherte, konnte ſich einfach und natürlich die ſpätere und jetzt praktiſche Anſicht entwickeln, daß das Geleit, wenn der Angeſchuldigte nicht geneigt war, ſtets hin und her zu reiſen, ihm während der ganzen Dauer der Unterſuchung Sicherheit vor Gefängniß gewährt. Dazu mußte auch das praktiſche Bedürfniß der Unterſuchung ſelbſt führen, welche weit öfter raſch aufeinander folgende Vernehmungen, Confrontationen ꝛc. erfordert, als ſie die mit beträchtlichem Zeitaufwand verbundene Entfernung und Wiederkehr zum Termin zuläßt. Mit dieſer auf demſelben Prinzip beruhenden, jedoch veränderten Richtung und äußern Erſcheinung des Geleites, mußten nothwendig auch die Bedingungen deſſelben, folglich die Geſtalten der Verletzung

---

gen hätte. Dieß läßt ſich ſchon nach dem Zweck dieſer Maaßregel nicht rechtfertigen. Uebrigens kommt hier, wie im Falle der folgenden Note, alles auf die Auslegung des Vertrages an.

44) Kleinſchrod a. a. O. §. 42. 43. Dieſer bemerkt mit Recht, daß auch drei Tage nicht als Regel anzunehmen ſeyen, ſondern auch längere Friſt, überhaupt eine ſo lange darunter zu verſtehen ſey, als im beſondern Falle nöthig iſt, um die verheißene Sicherheit zu dem zugeſtandenen Zweck, aber auch nicht weiter, zu haben.

und der dadurch begründeten Gegenwirkung ſich verändern. In dem erſten Falle nehmlich iſt die freie Entfernung das Erlaubte, das Verharren nach dem jedesmaligen Termin aber das Gegentheil, welches eine Gefangennehmung rechtfertigt, weil über jene erſte Bedingung hinaus nicht mehr der Vertrag und das Geleite gilt, ſondern der nothwendige gerichtliche Zwang in ſeine Rechte eintritt. In dem andern Falle hingegen iſt der freie Aufenthalt das Nachgegebene, aber auch Nothwendige, und die Entfernung das Vertragswidrige, welches das Gericht zur Ergreifung von Zwangsmitteln befugt. Es iſt einleuchtend, daß die letztere Anſicht, und die hierauf ſich gründende Weiſe der Ertheilung des Geleites, obgleich ſie ſich mehr von der geſchichtlichen Grundlage entfernt, doch in der Praxis mehr Wirkſamkeit erlangen mußte, da ſie der Unterſuchungsführung weit günſtiger iſt, und in jedem Falle die Anweſenheit des Verdächtigen mehr ſichert; aber auch der Letztere iſt dabei nicht weiter gefährdet, wenn man berückſichtigt, daß er doch vorzugsweiſe nur dann auf ſeine Sicherheit gegen gerichtliche Verfolgung durch freiwillige Stellung Verzicht leiſtet, wenn er hoffen kann ſich mit günſtigem Erfolge zu vertheidigen. Will man aber den Fall denken, der doch auch nicht ſelten iſt, daß er, ſelbſt wo er eine Verurtheilung zu gewärtigen hat, die Unterwerfung unter das Gericht, ſeinem, nur äußere und vielleicht nur vorübergehende Sicherheit gewährenden Zuſtand vorziehe, ſo hat er Vortheile, wenn er von Unterſuchungshaft befreit bleibt [45]). Daher hat man in der Praxis ſelbſt den

---

[45]) Ueber die hier in Betracht kommenden pſychologiſchen

wegen ſchwerer Verbrechen Angeſchuldigten, ſelbſt Todeswürdigen, das Geleit in dieſem Sinne nicht verweigern zu dürfen geglaubt, ohne welches die Unterſuchung vielleicht gar nicht hätte möglich gemacht werden können [46]).

Der Vollſtändigkeit wegen gedenken wir noch ſchließlich [47]) des Geleites, welches von Landesherrn gegen

---

Gründe, ſich freiwillig der Strafe zu unterwerfen, vgl. Meine Unterſuchungen. Abhandlung I.

[46]) Kleinſchrod a. a. O. §. 23. 24. Hitzig's Annalen. Heft XIV. S. 292. und die vorhergehende Abhandlung Note 175.

[47]) Eines anderen Falles möge nur deshalb erwähnt werden, weil die Praktiker dabei den Ausdruck salvus conductus brauchen, obgleich nur im uneigentlichen Sinne. Ich meine den des Art. 97. der P. G. O. „des Nachrichters Fried außzuruffen. Item ſo der Richter nach der endurtheyl ſein Stab gebrochen hat, deßgleichen auch ſo der Nachrichter den Armen auf die Richtſtatt bringt, ſoll der Richter offentlich außruffen oder verkünden laſſen und von der Oberkeyt wegen bei leib und gut gebieten, dem Nachrichter keinerley verhinderung zu thun, auch ob im mißling, nit Handt anzulegen." Die Parallelle iſt hier die Sicherung gegen widerrechtliche Gewalt, welche hier von dem empörten Volk befürchtet wurde. Die Anſicht älterer Praktiker, daß das Verbot gegen die zur Racheübung geneigten Verwandten gerichtet ſey, iſt freilich zu beſchränkt, weil nicht dieſe allein, ſondern wie aus vielen Beiſpielen bekannt iſt, das verſammelte Volk überhaupt zur Gewalt ſchritten; beſonders zu jener Zeit, wo die Familien-Rache in den Hintergrund trat. Aber ſo ganz verwerflich ſcheint ſie mir nicht, wie Boehmer ad h. a. §. I. behauptet. Wenn man ſich nehmlich erinnert, daß früher nicht ſelten das Todesurtheil durch einen Verwandten des Getödteten an dem Todtſchläger vollſtreckt wurde, worin ſich ſelbſt ein Ueberreſt der alten Familien-Rache erhalten hat, ſo erklärt ſich aus eben dieſem Prinzip einfach und natürlich, daß ihrerſeits auch die Verwandten des Unglücklichen Verurtheilten, an dem ungeſchickten oder böswilligen Vollſtrecker, der demſelben mehr leiden ließ, als er nach dem Recht und Geſetz verwirkt hatte, ſich gegen ihn der Selbſthülfe bedienten. Vgl. Meine Unterſuchungen. S. 331. Note 316.

mögliche unrechtliche Gewalt, ſolchen Perſonen ertheilt wurde, die ohne in einer Unterſuchung zu ſtehen, ſich vor einer Behörde ꝛc. ſtellen, auch wohl wegen irgend einer politiſchen und religiöſen Sache verantworten, wenigſtens erklären und vernehmen laſſen ſollten oder wollten, und gegen Gefahren auf der Reiſe oder an dem Beſtimmungsorte ſelbſt geſichert zu werden verlangten. Auch hier iſt die Freiheit im weiteſten Sinne, d. h. von Haft an Ort und Stelle, und der Möglichkeit ungehindert ſich zu entfernen, das Weſentliche, worin dieſer Fall mit den andern übereinſtimmt. Auch die hiſtoriſchen Gründe und die Gefahren ſind, meiſt zuſammentreffend; die Unterſchiede bedürfen nach dem bisherigen keiner Ausführung [48].

Sonſt hat dieſer Fall mit dem eigentlichen ſichern Geleite nichts gemein.

[48]) Der von dem Kaiſer Siegmund dem Dr. Joh. Huß im J. 1414 ertheilte Geleitsbrief verbindet die Eigenſchaften eines Paſſes, nicht des eigentlichen ſichern Geleites. — „Honorabilem Magistrum Johannem Huſs — quem etiam in nostram et Sacri Imperii protectionem recipimus et tutelam, vobis omnibus — recommendamus — desiderantes, quatenus ipsum cum ad vos pervenerit, grate suscipere, favorabiliter tractare, atque in his quae ad celeritatem et securitatem itineris ipsius pertinent — promotivam sibi velitis et debeatis ostendere voluntatem — nec non ipsum — omni prorsus impedimento remoto, transire, stare, morari et redire permittatis, sibique et suis, cum opus fuerit, de securo et salvo velitis et debeatis providere conductu, ad honorem et reverentiam nostrae Majestatis. Datum Spirae Anno Domini MCCCCXIV. die Octob. XVIII.

Goldast de Regni Bohem. jurib. Franc. ad Moen. MDCCXIX. Append. Document. P. 112.

Der Geleitsbrief Carls V. für Dr. Martin Luther, verdient gleichfalls hier eine Stelle. Carol. ꝛc. Ehrſamer Lieber, Andäch-

Eine weitere Erörterung unſerer Lehre, die vom praktiſchen Standpunkt aus, im Ganzen befriedigend bearbeitet iſt, liegt außer dem Plane dieſer Abhandlung, deren Beſtimmung nur war, die Lehre auf ihre, meiſt vernachläſſigten hiſtoriſchen Grundlagen zurückzuführen, und einen Verſuch zu machen, die Beſtimmungen der Bamb., deren Verhältniß zu der P. G. O. Carl's V. auch hier von den Schriftſtellern gänzlich unbeachtet gelaſſen worden iſt, aus den Quellen des älteſten Rechts zu erläutern. Es werden ſich noch andere Gelegenheiten

---

tiger. — Nachdem wir uns und des heiligen Reichs Stände jetzo hie verſamlet, und entſchloſſen, der Lere und Bücher halben, ſo eine Zeit her von Dir ausgangen, Erkundigung zu empfahen, haben wir Dir herzukommen, und von dannen wieder an Dein ſicher Gewarſam, unſer und des Reichs frey geſtreckt Sicherheit und Geleit geben, das wir Dir hieneben zuſenden, und iſt unſer ernſtlich Beger, Du wolleſt dich fürderlich erheben, alſo daß Du invendig XXI. Tagen in ſolchem unſern Geleite beſtimmt, gewißlich hie bei uns ſeyeſt, und nicht auſſen bleiben wolleſt, dich auch keines Gewaltes oder Unrechten beſorgen. Denn wir Dich bei dem gemelten unſern Geleit veſtiglich handhaben wollen, uns auch auf ſolche Deine Zukunfft endlich verlaſſen und Du thuſt daran unſere ernſtliche Meynung. Geben in unſer und des Reichs Stadt Wormbs, am Sechſten Tag des Mondes Martii, Anno 1521, unſers Reichs im andern Jar. Lünigs Reichs-Archiv. Pars spec. Cont. I. Leipzig 1711. Fol. S. 591. Vgl. Lutheri opera. (Jenae) Tom. II. S. 411. b.

Unter einen ähnlichen politiſchen Geſichtspunkt der Sicherung gegen Gefahr und Angriffe iſt auch das im Völker-See-Recht ſchon früh vorkommende, den Schiffen ertheilte ſichere Geleit zu ſtellen. Vgl. überhaupt über das Geleit in der ſpätern und abweichenden Bedeutung, Datt de pace publ. Lib. I. Tit. 26. 56. Aurea Bulla Cap. I. pr. Eichhorn deutſche Staats- und Rechtsgeſchichte. Th. II. §. 312. Th. III. §. 395. 433. 440. Note e. Klueber Staatsrecht etc. Frankf. a. M. 1831. §. 411. u. die Noten daſelbſt.

darbieten und benutzt werden, um bei ſtrafrechtlichen Lehren dieſen, mit Unrecht geleugneten, geſchichtlichen Zuſammenhang aufzuzeigen.

Ueber die von den Fürſten im Mittelalter den Städten ertheilten Verſprechen, den von ihnen Geächteten kein freies Geleit zu geben, ohne Einwilligung der Ankläger derſelben, findet ſich in dem mir erſt nach Abdruck dieſer Abhandlung zugekommenen Werke: „Urkundenſammlung zur Geſchichte des Urſpruugs der Städte und der Einführung und Verbreitung deutſcher Koloniſten und Rechte in Schleſien und der Ober-Lauſitz v. G. A. Tzſchoppe und G. A. Stenzel. Hamburg 1832. 4to.“ eine Urkunde vom J. 1328. S. 513, womit zu vergleichen iſt S. 219, 221 u. 273.

Dritte Abhandlung.

Beiträge zur Lehre vom Geſtändniſſe, dem Verhältniſſe deſſelben zu der Ueberführung, und den weitern rechtlichen Folgen, mit beſonderer Berückſichtigung des Preußiſchen Rechtes.

Den Abhandlungen aus dem Gebiete des geſchichtlichen Rechtes, mögen ſich einige kürzere Betrachtungen anſchließen, die von dem legislativ politiſchen Standpunkte ausgehen, und wohl deshalb keiner Rechtfertigung bedürfen, da jede Seite und Methode der wiſſenſchaftlichen Darſtellung ihren Werth hat. Es giebt gewiſſe Punkte, bei denen, für ihre praktiſche Auffaſſung, das geſchichtliche Intereſſe in den Hintergrund tritt, andere in neuen Geſtaltungen gegründete, für welche die ältern Quellen wenig darbieten, und auf jeden Fall ſchließt die Möglichkeit der hiſtoriſchen Auffaſſung die Zuläſſigkeit, ſelbſt die Nothwendigkeit einer Würdi-

gung anderer Art, und nach dem Zeitbedürfniſſe, nicht aus.

Wir unterwerfen einige ſolche der Unterſuchung.

I. Ueber den Werth und die Bedeutung des Geständnisses und den s. g. Lohn des freiwilligen Bekenntnisses.

Es iſt bekannt, daß in *neuerer* Zeit und beſonders ſeit dem vorherrſchenden, faſt ausſchließenden Gebrauche des Unterſuchungs-Verfahrens, die Erlangung des Bekenntniſſes des Angeſchuldigten, ein Hauptziel der Thätigkeit des Inquirenten ſey, indem beſonders ſeitdem die Thatfrage, wie die Rechtsfrage durch *dieſelben* richterlichen Perſonen entſchieden wurde, und nicht, wie im ältern Prozeß, und wieder in einigen neuern Verfahrensweiſen, eine Trennung ſtatt fand, — in einem mehr nach techniſchen Rückſichten als nach bloß innerer Ueberzeugung, gebildeten Beweisſyſtem, ein großer Werth auf die eigne beſchwerende Ausſage des zur Unterſuchung Gezogenen geleget werden mußte. Und mit Recht. Denn, wenn gleich das Geſtändniß nicht die ausſchließende Bedingung einer Verurtheilung iſt, ſondern nur mit Ueberweiſung auf *gleicher* Stufe ſteht[1]), wenn gleich jenes ſtets einer näheren Begründung und Herſtel-

---

[1]) P. G. O. Art. 22. „— denn ſoll jemant entlich zu peinlicher ſtraff verurtheilt werden, das muß auß *eygen bekennen oder beweiſung* — beſchehen." — C. 1. Caus. II. Qu. 1.

lung ſeiner Richtigkeit bedarf, die am ſicherſten und meiſt ſo geſchieht, daß wo möglich beide, Geſtändniß und Ueberweiſung, concurriren — jenes die Anerkennung der Richtigkeit der letztern enthält, und dadurch wieder ſelbſt controllirt wird, dieſe einem Widerruf vorbeugt, oder, wenn er unbegründet iſt, unſchädlich macht, — ſo iſt doch die eigne Ausſage des Betheiligten von der größten Wichtigkeit. Theils nehmlich kann, von dieſem vorausgeſetzt, daß er die Wahrheit ſagen wolle, mit der größten Zuverläſſigkeit, die Möglichkeit, daß er ſie erklären könne, erwartet werden, in ſofern die Rede von ſolchen Merkmalen des ſubjektiven und objektiven Thatbeſtandes, oder von ſolchen denſelben zu Grunde liegenden Thatſachen iſt, welche Gegenſtand eigner Beobachtung und des Bewußtſeyns, folglich eines Geſtändniſſes ſeyn können, und nicht einer Entſcheidung von Sachverſtändigen unterworfen werden müſſen, wie z. B. das Cauſalverhältniß einer Verletzung, zu dem, der Zeit nach, ihr nachgefolgten Tode des Verletzten. Theils aber und hauptſächlich iſt es das Recht des Bewußtſeyns und des Wiſſens, ſomit das Recht und die Pflicht des Gewiſſens, welche ſich in dem Geſtändniß ausſprechen, und als Grund und Veranlaſſung deſſelben erſcheinen. Dieſes Recht, daß dadurch der Schuldige ſich gewiſſermaßen ſelbſt verurtheile [2]), wie ihn ſein Gewiſſen anklagt und verurtheilt, iſt zunächſt im Gebiete des Faktiſchen, ein weſentliches, — daß er ſchuldig ſey, und daher muß, wo ſich bei vorhandener Schuld dieſe innere Stimme nicht ausſpricht,

---

[2]) L. 1. D. de confessis (Paulus). „Confessus pro judicato est, qui quodammodo sua sententia damnatur.

auf andere Weiſe das Recht des Wiſſens befriedigt werden, eine Weiſe, die ſich nach hiſtoriſch nationalen Rückſichten verſchiedentlich, in dem Urtheil der Geſchwornen, in der gerichtlichen Ueberführung ꝛc. zu erkennen giebt [3]). Aber, nicht die faktiſche Verurtheilung allein, das ſich Schuldig bekennen, mit der eignen Ausſage, oder mittelſt einer von dem verſtändigen Menſchen nicht zu beſeitigenden Ueberweiſung, einer Reihe von Conſequenzen, die er zugeſtehn muß, indem ſeine Verweigerung nur als Zurückhalten desjenigen erſcheint, wider beſſeres Wiſſen und Gewiſſen, was aber darum in dieſer Form entbehrlich wird — eine ſolche Gewißheit, ut sola confessio deesse videatur [4]): nicht dieſe allein iſt es, bei welcher der Angeſchuldigte berechtigt iſt, ſein eignes Urtheil mit dem anderer Unbefangenen zu verbinden, ſeinen mittelbar oder unmittelbar ausgeſprochenen Willen darin zu haben, damit er nicht einen fremden, von ihm nicht anerkannten, als Willkühr und Gewalt gegen ſich geltend gemacht ſehe. Es findet vielmehr, auf der faktiſchen Grundlage, der zugeſtandenen oder erwieſenen Schuld daſſelbe Recht des Wiſſens ſtatt, in Anſehung der daraus nothwendig hervorgehenden rechtlichen Folgen — des Urtheils im eigentlichen Sinne, worin, wie in dem Geſetze, als dem zeitgemäßen Ausdruck der vernünftigen Allgemeinheit, auch der verbrecheriſch handelnde Menſch, der, wo er nicht als zurechnungslos, folglich handlungsunfähig gilt,

---

[3]) Gans Beiträge zur Reviſion der Preußiſchen Geſetzgebung Bd. I. Abth. I. S. 68. ꝛc.

[4]) L. 1. §. 1. D. de quaestionibus. L. 16. Cod. de poenis. „ut vix etiam ipse ea, quae commiserit negare sufficiat."

ſondern doch als vernünftiges Weſen anerkannt wird, auch ſeinen eignen rechtlichen Willen ausgeſprochen, und ſich, durch ſich ſelbſt, nach ſeinem eignen Geſetze verurtheilt ſieht. Man darf ſich nicht auf die freilich nicht ſelten vorkommende Erfahrung, für das Gegentheil berufen, daß nehmlich, der leugnende Schuldige, jenes faktiſche Urtheil für unbegründet, das rechtliche für ungerecht ausgiebt. Denn die erwieſene Schuld angenommen, und nur hierauf kann ſich jene Bemerkung beziehen, muß eine aus der ſich die Wahrheit entgegenſtellenden Subjektivität hervorgegangene Behauptung, ohne alle Wirkung ſeyn, und, ſie mag es nun einräumen oder nicht, ſie iſt innerlich dennoch genöthigt, die Wahrheit anzuerkennen, und ihr die Ehre zu geben. Eine Anwendung findet ſich unter andern bei der Nichtbeobachtung eines wiederholt vorgebrachten unbegründet befundenen Widerrufes. Indeſſen, das Faktiſche vorausgeſetzt, bietet die rechtliche Beurtheilung in der Regel keine Schwierigkeit, welche nicht durch gründliche Rechtskenntniß und gewiſſenhaften Gebrauch derſelben, durch wahrhaft theoretiſch-praktiſche Fertigkeit, unterſtützt durch ein gehöriges Inſtanzen-Verhältniß und durch eine zweckmäßige Beſtimmung der Weiſe, einen Geſammtbeſchluß verfaſſungsmäßig hervorzubringen, beſeitigt werden könnte. Die Schwierigkeiten jenes erſten Urtheils aber, über die Thatfrage, deren oft nähern Zuſammenhang mit der Rechtsfrage, da deren Untrennbarkeit von derſelben, vielfach Bedenken gegen das Princip erregt, welches den Geſchwornengerichten zum Grunde liegt, ſind aber überwiegender, und nicht wiſſenſchaftliche Beſtimmungen, ſondern gleichfalls nur faktiſche Weiſe — Beweis ꝛc. können

hier

hier entgegengeſetzt werden, und es erklärt ſich daraus nach obigem Geſichtspunkt noch mehr das Beſtreben, ein umſtändliches Bekenntniß zu erlangen, welches, wenn es auf geſetzlich erlaubte Weiſe geſchieht, die allein der richterlichen Würde entſpricht, insbeſondere ſo, daß die im Princip des Wiſſens und eignen Urtheils weſentlich enthaltene Freiheit [5]) nicht vermißt wird, völlig zu billigen, und in der Pflicht gegründet iſt.

Wir übergehen die jetzt unpraktiſche Lehre der Zwangsmittel zur Erpreſſung eines Geſtändniſſes, deren Kenntniß übrigens zur richtigen Anwendung der gemeinrechtlichen Beweistheorie, auch ſeit der Abſchaffung der Folter unerläßlich iſt, beſonders in Anſehung der Wirkungen der Anzeigen, und der außerordentlichen Strafe in dem hieher gehörigen Sinne — und wenden uns, veranlaßt durch neuere legislative Vorſchläge, zu einer andern Frage.

So wie dem Richter, jeder auch mittelbare Zwang, ein Geſtändniß hervorzubringen, unterſagt iſt, z. B. durch Drohungen ꝛc. ſo ſoll er auch umgekehrt ſich enthalten Verſprechungen zu thun, deren Erfüllung nicht in ſeiner Macht ſteht, und die alſo, ſo fern er dieſes wiſſen muß, eine Unredlichkeit ſind, und das Recht ſelbſt

---

[5]) Daher jetzt, nach Abſchaffung der peinlichen Frage, kein anderer Zwang, ſelbſt nicht in Form einer Ungehorſamsſtrafe, die wohl zuweilen gemißbraucht worden iſt, als der — ich möchte ſagen logiſche, welcher ſich in der geiſtigen Ueberlegenheit des gerechten und in der Sache durch andere Gründe wohlunterrichteten Inquirenten, ausſpricht, die in der Würde der Wahrheit und des Rechts gegründete Nöthigung, der der Schuldige zuletzt nichts mehr mit Erfolg entgegen zu ſetzen vermag.

ſeiner Würde zu berauben drohen [6]). Welche Wirkungen ein auf ſolche Weiſe erlangtes Geſtändniß habe, iſt, auch in Anſehung eines darauf folgenden Widerrufes nach bekannten Grundſätzen zu entſcheiden, deren Prüfung mit dem Gegenſtande der nachfolgenden Betrachtung nicht in Verbindung ſteht. Vorausgeſetzt, daß die Wahrheit des Bekenntniſſes gehörig ermittelt iſt, ſo kann — dieſes Reſultat allein nehmen wir auf — ein unbefugtes Verſprechen des Unterſuchungs-Richters, z. B. der geringern Strafen, oder der Strafloſigkeit, den urtheilenden Richter nicht binden, der ſich nur an das Recht und Geſetz zu halten und nur die verübte That in ihrer ermittelten Eigenthümlichkeit die wirkliche Schuld, und den Grad derſelben gerecht zu würdigen hat. Selbſt ein freiwilliges, baldiges reumüthiges Bekenntniß, kann als ſolches, auf die Beurtheilung des Betragens des Angeſchuldigten vor der Unterſuchung, d. h. der That, welche Gegenſtand der Unterſuchung iſt, und der Schuld, ſo wenig einen vortheilhaften Einfluß äußern, als umgekehrt, das anfängliche Leugnen, einen nachtheiligen [6 b]); beide, wenn man

---

6) Wenn auch dadurch allein, ein erlangtes Geſtändniß noch nicht unwirkſam wird. Vgl. Mittermaier das deutſche Strafverfahren Th. I. §. 156. a. E. Tittmann's Handbuch ꝛc. (zweite Ausgabe) Th. III. §. 831.

6 b) Etwas anderes iſt es, wenn die Beharrlichkeit im Leugnen eine Fortſetzung des Verbrechers iſt, z. B. um ſich den durch daſſelbe geſuchten Gewinn zu ſichern; ſo in dem bei Hitzig Zeitſchrift für R. Pflege in den Preußiſchen Staaten Heft XXVII. S. 1. ꝛc. XXVIII. S. 209. mitgetheilten Falle, wo ein betrügeriſcher Banqueruttier durch fortgeſetztes Leugnen ſeines Activſtandes, und Aufſtellung erdichteter Gläubiger noch während der Unterſuchung, die wahren Gläubiger zu betrügen, und die bei

jene, als ein zu Belohnendes, dieſes, als etwas Strafbares betrachtet, ſtehen außerhalb der zu beurtheilenden Handlung, und müßten, wenn ein Geſetz darauf Rückſicht zu nehmen gebôte, ſelbſtſtändig gewürdigt werden. Dieß iſt im zweiten Fall, der dadurch verdienten Ahndung, einfach; indem entweder dieſe unmittelbar, und unabhängig von der Strafe des vorliegenden Vergehens erfolgt, z. B. eine Züchtigung, oder ein Zuſatz zu der nach Ermeſſen zu beſtimmenden Hauptſtrafe wäre; im erſten Fall, da der Lohn nur negativ, d. h. als Verminderung der bevorſtehenden geſetzlich verwirkten Uebel, zugetheilt werden könnte, würde allerdings die Hauptſtrafe durch eine geringe Abkürzung oder Nachlaß modificirt, dieſer aber doch nicht anders, als im andern Fall, der Zuſatz rechtlich betrachtet werden können.

Solcher Lohn oder Strafe wird aber bei uns geſetzlich höchſtens dann zugelaſſen, wenn nach einem ſ. g. relativen Strafgeſetz zu erkennen, und hiebei dem richterlichen Ermeſſen einiger Raum gegeben iſt, auch auf jene Umſtände zu achten, in ſofern ſie, auf die ſubjektive Zurechnung bezogen, als Zeichen größerer oder geringerer Bösartigkeit, Verhärtung des Willens ꝛc. angeſehen und ſo, wenn auch nicht auf die Beurtheilung der That und Schuld, doch des Menſchen gerichtet, und mit jener in eine Verbindung geſetzt werden, die ich nicht auf dieſe Weiſe billigen möchte, da hier es meiſt zufällig, obgleich nicht von dem Willen des Schuldigen unabhängig iſt, daß aus dem großen Gebiet der auf ſolche Art in Berechnung zu bringenden Umſtände, gerade dieſe

---

Seite gebrachten Gelder zu gewinnen ſuchte. Hier war das Verbrechen durch dieſes Benehmen fortgeſetzt.

hervorgehoben werden. Für das Verbrechen ſind ſolche Rückſichten rein äußerliche, welche die Schuld in ihrer wahren Größe, weder erhöhen noch herabſetzen, und wenn dieſe, wie ſie iſt, beurtheilt werden muß, wenn Milderungs- und Schärfungsgründe, die in der That ſelbſt, und in individuellen Verhältniſſen des Thäters ihren Grund haben, nothwendig in Betracht kommen, ſo ſind hievon weſentlich verſchieden, die außerhalb derſelben liegenden Umſtände, denen man mit Recht oder Unrecht auf das Urtheil Einfluß geſtattet, z. B. unverſchuldet erlittene lange [7]) Unterſuchungshaft, oder baldiges Eingeſtändniß.

Das Verfahren in Criminalſachen unterſcheidet ſich von dem in bürgerlichen Rechtsſtreitigkeiten, nicht nur dem Princip nach, indem dort das Recht als ſolches das öffentliche und allgemeine Recht und Intereſſe ſich geltend macht, hier die privatrechtliche Rückſicht vorherrſcht, ſondern auch hauptſächlich durch die aus jenem Princip ſich ergebenden Folgen, daß bei erſterem weſentlich der Beweis, in mehr materiellem Sinn das Ziel und Streben iſt, ſo daß auf den Inhalt des Rechts und der zu beurtheilenden That und Schuld, der formelle Prozeßgang nicht einen ſolchen ändernden und gleichſam novirenden Einfluß haben kann, als es im Civilprozeß unvermeidlich der Fall ſeyn muß. Im letztern findet ein weit unmittelbarer Zuſammenhang, beſonders nach dem Verhandlungsprincip, zwiſchen dem Recht, welches durch das Verfahren eigenthümlich geſtaltet, hervortritt, und eben dieſem Verfahren ſelbſt ſtatt; im Criminalpro-

---

[7]) Mein Syſtem §. 144. Not. 54. und der daſelbſt angef. Wächter.

zeß erſcheint freilich die That auch nur ſo, wie ſie ſich als Ergebniß des Verfahrens, aber nur, wie ſie in Folge deſſelben, nicht, wie ſie durch daſſelbe iſt. Daher gelten andere Regeln über Ungehorſam, über das Geſtändniß, welches hier nicht für ſich allein, etwa nach einem Princip des Verzichts, das hier unanwendbar iſt, hinreichen kann, nicht fingirt werden darf, ſondern begründet und motivirt werden muß, ferner über die Einwendungen gegen Zeugen ꝛc., daher iſt hier überhaupt dem Unterſuchungsrichter größere Selbſtthätigkeit, dem urtheilenden, in Anſehung der Frage, ob das Verfahren vollſtändig, ob die Beweiſe genügend ſeyn, größere Unabhängigkeit von dem in Civilprozeſſe vorherrſchenden Geſichtspunkte des Vertrages und Verzichts, genauere Prüfung der Sache nach ihrer materiellen Seite zur Pflicht gemacht, und das Verfahren iſt überhaupt etwas der zu erörternden Handlung mehr Aeußerliches, eine Bedingung, nicht eine Reihe gegenſeitiger Thätigkeiten, wirkliche, oder fingirter, um das Recht nur hervorzubringen, ſondern eine Thätigkeit der Unterſuchung, deren Mittelpunkt allein der Richter iſt, und deren Beſtimmung es iſt, das Vergangene, das geſchehene Verbrechen, herzuſtellen. Daher auch abweichende Grundſätze über Rechtskraft und Rechtsmittel [8]). Erkennen wir dieſes an, ſo bleibt der Satz ſtehen, daß der Richter durch umſichtige Benutzung aller geſetzlichen und durch den beſondern Fall ihm dargebotenen Mittel, die Herſtellung der Wahrheit ſich angelegen ſeyn

---

[8]) Meine Bemerkungen über das Studium der Rechtswiſſenſchaft, mit beſonderer Rückſicht auf Preußen. Breslau 1831. — §. 15—25.

laſſen müſſen, — daß aber dieſe, wenn ſie gelungen iſt, eben ſo ſehr verpflichtet die nothwendige rechtliche Folge, nur nach der Wahrheit und Gerechtigkeit, der erwieſenen Schuld, zu beſtimmen, und keine äußerliche Rückſicht dabei walten zu laſſen. Verliert, wenn wir Strafe nicht als politiſches Mittel zur Erreichung eines der Gerechtigkeit fremden Zwecks, z. B. der Sicherung, Abſchreckung, ſondern als gerechte Folge der Schuld betrachten, wie es allein richtig iſt, verliert eine Uebelthat an ihrer Strafwürdigkeit, weil ſie ſofort eingeſtanden wurde, oder ſteigt dieſelbe, weil es dem Richter mehrere Mühe und Anſtrengung koſtete, ſie rechtlich zu begründen?

So weit aber neben den rechtlichen Rückſichten auch politiſche geltend gemacht werden dürfen, ſo weit unter gewiſſen Verhältniſſen höhere Rückſichten es geſtatten, ja ſelbſt gebieten, von der Strenge des Rechts etwas nachzulaſſen, und zwar, wovon hier nur die Rede iſt, während der Unterſuchung [9]), um ein ſonſt nicht oder nur ſchwer zu erlangendes Geſtändniß zu bewirken, um wo möglich jetzt noch die gefährliche Folge eines Verbrechens in ihrem ganzen Umfang zu verhindern und aufzuheben: ſo weit mag eine Ausnahme vertheidigt werden, die jedoch nicht als ein willkührliches Unterhandeln des Richters mit dem Angeſchuldigten ſich ankündigen darf, vergleichbar der durch die fehlerhafte Praxis früherer Zeit angeführten ſ. g. transactio pro redimenda vexa, welche jetzt allgemein als den Prin-

---

[9]) Denn die nach vollſtändiger Unterſuchung und auf deren Grund geſchöpften Urtheile, ſpäter eintretende Begnadigung gehört nicht hieher.

cipien des Rechts widerſprechend, verworfen wird, ſondern als ein objektiver Grund, den das Geſetz ſelbſt dahin anerkennt. Dahin gehören die Fälle, wo dem, der ſelbſt Mitſchuldiger, ein Complott, einen hochverrätheriſchen Plan rechtzeitig entdeckt, Strafloſigkeit, aber Begnadigung, oder mildere Strafe zugeſichert wird, wo die Angabe der Mitſchuldigen und ſolcher Umſtände, die eine Möglichkeit der Abwendung des Schadens darbieten, zu gleicher Hoffnung berechtigt [10]), oder, wo aus Gründen, die in der Natur der beſondern Uebertretung ſelbſt liegen, im Voraus eine mildere Behandlung verheißen wird [11]); hier darf und muß der Richter den Angeſchuldigten vorſichtig mit ſolchen Beſtimmungen bekannt machen, und Gleiches gilt, wenn, für einen beſondern Fall, aus höchſter Machtvollkommenheit, eine ſolche Anordnung und Verheißung getroffen wird, ſo weit dieß nach der

---

[10]) L. 5 §. 7. Cod. ad leg. Jul. Maj. „Sane si quis ex his in exordio initae factionis, studio vero laudis accensus, initam prodiderit factionem et praemio et honore a nobis donobitur. Is vero qui usus fuerit factione, si vel sero, incognita tamen adhuc, consiliorum arcana patefecerit, absolutione tantum ac venja dignus habebitur." L. unic. §. 2. D. de lege Julia ambitus. „Qua lege damnatus si alium convicerit, in integrum restituitur, non tamen pecuniam recipit." A. L. R. für die Preuß. Staaten Th. II. Tit. 20. §. 43. 63. 118. 1115., wo indeß, obſchon dieſe Stelle, die von Entwendungen im Nothſtand handelt, eine zweckmäßige Erweiterung enthält, und namentlich die Streitfrage beſeitigt, ob nur Entwendung von Eßwaaren in rechter Hungersnoth ſtraflos ſey (P. G. O. Art. 166. mit der Bamberg. Art. 192.), durch die Hoffnung auf Gnade zu wenig gethan iſt, da hier das Recht ſelbſt, nicht die Gnade, freiſpricht. Baier. Strafgeſ. B. Th. I. Art. 304.

[11]) Z. B. Pr. L. R. a. a. O. §. 58. 59. 61. 62.

Landes- und Rechts-Verfaſſung geſchehen darf, da dieſe Fälle, ſelbſt wenn ſie in Form der Begnadigung vorkommen, doch von derſelben, wie ſie nach gefälltem gerechten Urtheil ertheilt wird, verſchieden ſind. Wir wollen hier nicht unterſuchen, ob die Geſetzgebung wohl thue, überhaupt ſolche Beſtimmungen allgemein zu treffen; für den Richter, ſowohl den unterſuchenden, als den urtheilenden, ſind ſie bindend, und daher nicht unter den oben gerügten Mißbrauch fallend. Wenn ferner, wie ich oben erwähnt habe, die freie und baldige Ablegung des Geſtändniſſes, überhaupt geſetzlich auf die Strafermeſſung, nach einem nicht abſolut beſtimmten Geſetze Einfluß haben darf, ſo unterliegt die Befugniß des Richters, den Angeſchuldigten, bei einer paſſenden Gelegenheit, hierauf, ſo wie auf den möglichen Verluſt eines ſolchen Vortheils im Fall fortgeſetzter Zurückhaltung aufmerkſam zu machen, keinem Bedenken [12]). Was aber, als ein ausnahmsweiſe erlaubtes Mittel zum Zweck erſcheint, darf niemals das Anſehen einer Beziehung auf die Beurtheilung der That ſelbſt erhalten; die Rückſicht der Strafe und Strafbarkeit derſelben bleibt dennoch weſentlich verſchieden von der prozeſſualiſchen, die bei der Herbeiführung eines Bekennt-

---

[12]) Baier. Strafgeſetzbuch Th. II. Art. 179. „Bei Verbrechen, wo die Strafbeſtimmung zum Theil dem richterlichen Ermeſſen überlaſſen iſt, und das reumüthige Bekenntniß eine gelindere Strafe bewirkt, ſoll der Inquiſit dieſes Vortheils bei ſchicklicher Gelegenheit eindringlich erinnert werden." Vgl. dagegen Art. 181. „Der Unterſuchungsrichter, welcher durch das Verſprechen der Ungeſtraftheit, oder andern Betrug, ein Bekenntniß der Schuld zu erlangen ſucht, iſt von dem Obergerichte in Strafe zu ziehen. Auch iſt ein dadurch veranlaßtes Bekenntniß unwirkſam."

niſſes zur Sprache kommt. Daher glaube ich, die von Manchem aufgeworfene Frage, ob ein Irrthum über die Größe der Strafe auf die Gültigkeit des Geſtändniſſes, oder auf die Beurtheilung der Strafwürdigkeit Einfluß haben könne [13]), entſchieden verneinend beantworten zu müſſen. Man denkt ſich hiebei begreiflich den Fall, wo der Bekennende glaubt, ſeine Handlung, die er rechtlich zu würdigen weiß, werde gelinder geahndet werden — möge er dieſen Irrthum, durch des Richters unerlaubte Aeußerungen veranlaßt, oder aus irgend einem andern Grunde, hegen; oder, wo er, was leichter geſchehen kann, ſeine Handlung ihrer criminellen Beſchaffenheit nach, in ein Gebiet geringerer Strafwürdigkeit ſetzt, als ſie von dem Gericht ſubſtruirt wird, z. B. den von mir bei einer andern Gelegenheit erörterten Fall, deſſen, der einen Andern auf ſein Verlangen getödtet hatte [14]). Was die Gültigkeit des Geſtänduiſſes betrifft, ſo iſt es, da dieſes in jedem Falle Gegenſtand beſonderer ſorgfältiger Prüfung und Begründung ſeyn muß, nothwendig auch hier zu erörtern, ob es gehörig ernſt, und nicht aus Irrthum, nicht ſelbſt gegen die Wahrheit und beſſeres Wiſſen abgelegt wurde, um irgend einen andern Zweck zu erreichen, z. B. indem man ſich einer minder ſtrafbaren oder wenigſtens einer als ſolcher betrachteten Uebertretung ſchuldig bekannt, um der Strafe einer größern wirklich verübten Uebelthat zu entgehen [15]).

---

[13]) Mittermaier a. a. O. §. 156. Not. 24.

[14]) Meine Unterſuchungen ꝛc. S. 66.

[15]) Um nehmlich darauf eine ſ. g. exceptio alibi, oder negativa loci zu gründen — ein Fall der mehrmals

Aber dieſe Gültigkeit, nach rechtlich vollſtändiger Unterſuchung vorausgeſetzt, hat jener das Geſtändniß veranlaſſende Irrthum keinen Einfluß auf die gerechte Würdigung der ermittelten Schuld.

Dieß führt mich auf einen neuerlich zur Prüfung bekannt gemachten Vorſchlag: „Lohn des freiwilligen Geſtändniſſe's [16]). Bleiben wir zunächſt bei dem Namen ſtehen, der zwar, wie man zu ſagen pflegt, zur Sache nichts beiträgt. Dieſer Lohn ſoll nehmlich in einer Milderung der Strafe liegen. Dabei waltet gleich anfangs die, wenigſtens dem Princip der Gerechtigkeit widerſprechende Anſicht vor, daß etwas anders als die verübte That nach ihrem Werth zu beurtheilen ſey, daß der bald und freiwillig geſtehende Schuldige etwas Verdienſtliches gethan habe, was einer Anerkennung würdig ſey, ja ſelbſt auf die Würdigung der That Einfluß haben dürfe. So iſt es aber nicht. Nehmen wir ſelbſt den günſtigſten Fall, der am meiſten ein Zeugniß des noch in dem Schuldigen lebenden Rechtsgefühls und Rechtsbewußtſeyns iſt, daß er nehmlich nicht erſt durch die eindringlichen Ermahnungen des Inquirenten, nicht durch das ihm in Verhaltungen ꝛc. entgegentretende Uebergewicht der Wahrheit, der er zu huldigen genöthigt iſt, ſein Geſtändniß frühzeitig ablegt,

---

vorgekommen iſt. Andere Fälle bei Feuerbach aktenmäßige Darſtellung merkwürdiger Verbrechen II. Bd. S. 481—584.

[16]) von Hitzig, in der von demſelben herausgegebenen Zeitſchrift für die Criminal-Rechtspflege in den Preußiſchen Staaten. Heft XVI. S. 356 – 359., womit zu vergleichen iſt, was ich in den Erlanger Jahrbüchern der juriſt. Literatur Bd. XI. Heft 2. S. 136—138. dagegen erinnert habe.

ſondern daß er im eigentlichſten Sinn freiwillig, ſogleich bei dem Erſcheinen vor Gericht bekennt — noch mehr, daß er ſich ſelbſt bei demſelben anzeigt, zur Unterſuchung ſtellt, und die verdiente Strafe, als ſein Recht fordert — ſo liegt demnach hierin weder ein Verdienſt, noch irgend ein Grund, der an dieſem Recht und ſeiner Schuld etwas ändere, der eine von der rechtlichen Nothwendigkeit ſich entfernende Folge hervorbringen dürfte. Hat Jemand, indem das wahre Recht, ſich in ſeinem Gewiſſen in ihm als Vernünftigen, geltend macht, freiwillig eingeſtanden, und ſomit einer höhern Pflicht genügt, die außerhalb des Belohnungsſyſtems, und einer hier unangemeſſenen Milde liegt, ſo hat dieß Verdienſt, deſſen Würdigung der Strafgerechtigkeit auch nicht angehört, keine andere Berechtigung, als daß dem Schuldigen zu Theil werde, was er fordert und das Recht gebietet, und was alſo auch ſein Recht iſt, nehmlich die verdiente Strafe, die ganze, in ihrem vollen, der Verſchuldung entſprechenden Umfange. Eben ſo wenig iſt umgekehrt, die im langen hartnäckigen Leugnen gegründete neue Schuld, eine ſolche, die ſich crimineller Ahndung unterſtellt, und es iſt gewiß praktiſch am rathſamſten, weder dort von Lohn, noch hier von Strafe — Milderung und Schärfung zu ſprechen, ſondern ſich lediglich an die Beurtheilung der That zu halten.

Die Sache ſteht einfach ſo: das Verbrechen ſoll beſtraft werden, und zwar gerecht, ſo weit dieſes, nach der beſchränkten Möglichkeit den Grad der Schuld zu ermeſſen, und mit Rückſicht auf Sitte des Volks und der Zeit, auf die Verhältniſſe, die hier ihren nothwendigen Einfluß im poſitiven Recht äußern — durch den Geſetzgeber und den Richter geſchehen kann. Die Er-

mittelung der Vorausſetzungen der Strafe und des dieſelbe ausſprechenden Urtheils fällt im Intereſſe der Gerechtigkeit, dem dieſelbe handhabenden Staate, als Aufgabe der hiezu berufenen Perſonen, ſeiner Organe, zu, möge dieſes unmittelbar durch das ſ. g. von Amtswegen einzuleitende Unterſuchungsverfahren, oder mittelbar durch öffentliche Ankläger, Staatsprocuratoeen ꝛc. bewirkt werden. Dieſe Aufgabe kann durch den zur Unterſuchung Gezogenen oder Angeklagten allerdings erleichtert oder erſchwert werden, aber der Staat rechnet in ſofern nicht ſo weſentlich auf das Geſtändniß, als theils auch die Ueberführung zur Verurtheilung hinreicht, ſelbſt durch bloße zuſammentreffende Anzeigen, wäre es auch nur in einer ſ. g. außerordentlichen Strafe[17]), theils dem Bekenntniß für ſich allein ein ſo großes Gewicht, eben darum nicht beigelegt werden darf, welches vielmehr, wenn es die zu einer Verurtheilung genügende Sicherheit gewähren ſoll, ſo begründet werden muß, daß, ſo weit es die Beſchaffenheit des Falls zuläßt, eine völlige Ueberführung hinzutritt, was unter andern auch, wie geſagt, wegen des Widerrufs, Irrthums, oder dem Intereſſe ſich ein nicht begangenes Verbrechen anzudichten, von Wichtigkeit iſt. Das Reſultat der Unterſuchung und ihre Mühe, mögen ſeyn, wie ſie wollen, die ermittelte That, wird in ihrem Weſen dadurch nicht geändert. Allein, wendet man ein, ohne ſolche Verheißung würde vielleicht oft die Wahrheit nicht hergeſtellt werden, ein Schuldiger der Strafe, wenigſtens der ordentlichen entgehen, und es ſcheint aus

---

[17]) Wir faſſen hier das praktiſche Recht auf, ohne deſſen Vertheidigung in dieſer Hinſicht zu übernehmen.

dieſem Grunde rathſam, gleichſam zu einem Geſtändniß einzuladen. Wir haben es demnach mit einem minder gut geſinnten Individuum, mit einem Schuldigen zu thun, der zum ſtandhaften Leugnen geneigt, auf jene Weiſe zum frühern Geſtändniß gebracht und dafür eines Vortheils theilhaftig werden ſoll, der wie bereits gezeigt iſt, ſelbſt jenem Beſſern, dem Geſetz Verfallenen gerechterweiſe nicht zu Statten kommen kann.

Der Urheber jenes Vorſchlages erwähnt zuerſt des Verfahrens in England, ohne jedoch weitere Quellen dafür anzuführen, daß dem vor die Schranken des Gerichts geführten Angeklagten, die Anklage vorgeleſen und er dann befragt werde, ob er ſchuldig, oder nicht ſchuldig plaidire d. h. ob er die ihm zur Laſt gelegte That eingeſtehen oder leugnen wolle? „Wählt er den erſten Weg, und beharrt er auf dem Bekenntniſſe ſeiner Schuld, ſo wird er in das Gefängniß zurückgeführt, und ohne weitere Verhandlungen, auf den Grund ſeines Eingeſtändniſſes vor der Jury vom Richter verurtheilt — er darf aber dann mit Gewißheit auf eine Verwandlung ſeiner Strafe rechnen. Leugnet er dagegen und wird überführt, ſo verliert er, um ſeines Leugnens willen, die Zuflucht zur Gnade.“

Wir dürfen dabei nicht überſehen, daß in dieſem Verfahren, welches die Form des accuſatoriſchen Prozeſſes hat, ſtets die Anklage wegen eines beſtimmten Verbrechens ſtatt findet, und daß dann, unabhängig davon, daß die Unterſuchung ein anderes herausſtelle, lediglich von den Geſchwornen entſchieden wird, ob er dieſes Verbrechens ſchuldig ſey, oder nicht. Bei dem Unterſuchungsprozeß iſt dieß bekanntlich nicht allgemein möglich; meiſt ſelbſt im Fall der eigenen Anzeige, der Angabe

des Verletzten, oder eines Denuncianten, ſogar im Falle des Betretenwerdens auf offner That, kann erſt am Ende des Verfahrens die Frage entſchieden werden, welches Verbrechen dem Angeſchuldigten zur Laſt falle und welches Strafgeſetz demnach gegen ihn in Anwendung zu bringen ſey, und nicht ſelten ergiebt die Unterſuchung ein ganz anderes Reſultat, als man bei Einleitung derſelben erwartete, des Falles nicht zu gedenken, wo ſie wegen des Verdachts eines beſtimmten Verbrechens eingeleitet wird, und der ihr Unterworfene noch mehrere andere bekennt, oder eine Concurrenz von Verbrechen ſich erweiſet. Aus welchen Gründen unſer Verfahren dem Zwecke der Gerechtigkeit mehr entſpreche, habe ich an einem andern Orte zu zeigen geſucht [18]). Aber ich kann auch jenes Princip des engliſchen Rechts nicht rechtfertigen. Es iſt eben ſo unſicher, des bloßen Geſtändniſſes wegen zu verurtheilen, ohne ſich von der Richtigkeit deſſelben zu überzeugen, als unangemeſſen, deshalb allein eine gelindere Strafe eintreten zu laſſen, welche, nach der dort angeſtellten Alternation, ſchuldig gerade dieſes Verbrechens oder nicht ſchuldig, entweder ganz, oder gar nicht, verdient iſt. Ich will nur im Vorübergehen erinnern, daß bei Individuen für welche die Ausübung eines beſtimmten Verbrechens einen ſolchen Werth hat, daß ſie dieſe Genugthuung, z. B. die Rache, ſelbſt um den Preis der Strafe ſich zu verſchaffen, keinen Anſtand nehmen, hierin ſogar eine Ermunterung liegt, die That zu vollführen, um dann durch

---

[18]) S. die Not. 16 ang. Kritik und meine Anzeige von Mittermaiers Vertheidigungskunſt (dritte Ausgabe.) in den angf. Jahrbüchern Bd. X. Hft. 3. S. 264. 265.

baldige Anzeige und Geſtändniß ſich eine mildere Strafe zum Lohn zu erkaufen [19]). Zwar mache ich Gründe des Rechts, und nicht Rückſichten der Politik zu den hauptſächlichſten der Strafe, allein jene ſchließen ja dieſe nicht aus und dürfen ihnen, die auch eine nothwendige Geltung haben, nicht entgegen ſeyn.

Nicht minder verwerflich ſcheint mir die Verweigerung jeder Gnade und Milderung gegen den überführten, nicht geſtändigen Schuldigen, oder auch nur Angeklagten, theils wegen der unbeſtreitbaren Unſicherheit vieler Geſchwornen-Ausſprüche, theils weil die Beſchaffenheit der That ſelbſt unabhängig von der Art und Weiſe ihrer Ermittelung, und höhere Gründe des Rechts nicht ſelten eine Milderung nothwendig machen; und jene Behauptung iſt wenigſtens in Anſehung der Todesurtheile ungegründet, welche der König ſeltener beſtätigt, häufiger mildert, ohne ſeine Entſchließung von jenen Prinzipien beſtimmen zu laſſen.

Für die Uebertragung dieſer Grundſätze auf unſer Recht, ſucht der Verfaſſer eine Grundlage in der Verordnung des A. L. R. Th. II. Tit. 20. §. 59.

> „Wer die That, noch ehe er derſelben überführt worden, freiwillig geſteht, gegen den ſoll die ſonſt verwirkte Schärfung der Strafe gemildert, und wenn keine Schärfung ſtatt findet, die gelindere geſetzliche Strafe erkannt werden."

Es mag dahin geſtellt bleiben, ob dieſe Beſtimmung ſich vertheidigen laſſe, da wir oben ſchon das Weſen der verdienten Strafe erörtert haben. Jedenfalls iſt die

---

[19]) Meine Unterſuchungen S. 17. ꝛc.

Faſſung dieſes §. unpaſſend, und der Sinn, daß bei Strafen, welche eine Schärfung zulaſſen, die alſo doch verdient ſeyn muß, dieſelbe nachgelaſſen, ſonſt aber bei der Strafberechnung innerhalb eines geſetzlichen Maxi- mums und Minimums, ein geringerer Grad feſtgeſetzt werden ſolle, iſt keinesweges mit gehöriger Schärfe aus- gedrückt.

Beſſer iſt ſchon die vorgeſchlagene Faſſung:

„Wer die That, noch ehe er derſelben überführt worden, freiwillig geſteht, gegen den ſoll, wenn er auch ſonſt keine Milderungsgründe für ſich hat, immer nur auf den niedrigſten Grad der geſetzlichen Strafe erkannt werden."

Indeſſen ſteht hier gleichfalls das erwähute Beden- ken entgegen. Es läßt ſich nicht abſehen, warum, wenn keine Milderungsgründe da ſind, hieraus einer erwachſen ſoll. Zwar beſchränkt ſich dieſe neue Beſtim- mung — was zum Theil als ein Vorzug, vor der jetzt geltenden, zu betrachten iſt — auf den Fall der Anwen- dung eines relativen Strafgeſetzes, und ſchließt andere aus, aber dieſe Beſtimmung würde einen dem Rechte wi- derſprechenden Sinn erhalten, wenn man ſie wörtlich nehmen wollte. Die Extreme ſolcher geſetzlichen Sank- tionen ſind oft nicht unbedeutend. Setzen wir nun den Fall, es ſey 6 — 10 jährige Feſtungsſtrafe, dreimonat- liches bis zweijähriges Zuchthaus gedroht — ich ent- nehme dieſe Beiſpiele aus dem Landrecht ſelbſt — ſo würde, wenn keine andere Milderungs- oder hier viel- mehr Minderungs-Gründe vorhanden ſind, und die That nicht auf der unterſten Stufe der Strafbarkeit ſteht, das Minimum ſich ſelbſt durch das frühe freiwillige Ge- ſtändniß nicht vertheidigen laſſen. Der einzige hier zu-

läßige Sinn, wie auch das baierische Strafgeſetzbuch die Sache gefaßt hat, iſt, daß bei der Ermeſſung der That überhaupt, die in ihrer concreten Geſtalt auch das Medium, oder noch mehr, ſelbſt, das Maximum, als gerechte Ahndung bedingen kann, jener Umſtand als ein günſtiger in die Berechnung mit aufgenommen werden könne. Uebrigens wird dieſe ſelbſt noch danach verſchieden ausfallen müſſen, je nachdem der Schuldige gleich anfangs freiwillig geſteht, oder nach früherm Leugnen, wenn es nur geſchieht ehe er überführt wird. Denn dieß iſt die Beſtimmung des Geſetzes, welches keinesweges nur auf den erſten Fall beſchränkt werden darf. Um ſo weniger könnte alſo ohne Unterſchied ſtets der niedrigſte Grad der Strafe angenommen werden, und ich finde auch nicht, daß die Gerichtshöfe dieſes thun, wie denn auch das jetzt geltende Geſetz unter der gelindern Strafe, wohl nicht die gelindeſte allgemein verſteht.

Hiermit wird nun die Beſtimmung des §. 301. der Criminal-Ordnung in Verbindung geſetzt:

„Wenn der Thatbeſtand vollſtändig, oder doch mit größter Wahrſcheinlichkeit ausgemittelt worden, und der Angeſchuldigte ein vollgültiges Bekenntniß abgelegt hat, auch die Verbindung zwiſchen der That und dem Thäter wahrſcheinlich gemacht iſt; ſo bedarf es bei Verbrechen, deren Strafe nur in körperlicher Züchtigung beſteht, oder eine dreijährige Einſperrung nicht überſteigt, keiner weitern Beweiſesaufnahme.“

Auch hier läßt ſich manches gegen die Faſſung erinnern, indeſſen da der Sinn wohl unzweifelhaft iſt, ſo halten wir uns an dieſen. Die Beſtimmung umfaßt

zwei Fälle, deren einer unbedenklich iſt. Erſtens den vollſtändigen ermittelten Thatbeſtand, und ein vollgültiges, d. h. alſo auch bei der Prüfung und Controllirung als wahr befundenes Geſtändniß vorausgeſetzt, wird in der Regel auf die Verbindung zwiſchen That und Thäter mehr als blos wahrſcheinlich ſeyn, und dann enthält die Beſtimmung nichts Abweichendes von den gewöhnlichen Grundſätzen. Zweitens der Thatbeſtand iſt nur mit Wahrſcheinlichkeit ausgemittelt, das ſoll heißen, die Ausmittelung iſt eine wirkliche, deren Reſultat aber bloße Wahrſcheinlichkeit; hier wird gleichfalls nur wahrſcheinliche Verbindung der That und des Thäters nur mangelhaft unterſtützt, und es tritt eine Unſicherheit ein, die es nicht rechtfertigt, dem Geſtändniß ein ſolches Gewicht beizulegen, welche bei einer Strafe bis dreijähriger Freiheitsentziehung, die doch gewiß, ſowohl vom Standpunkt des Rechts aus, als überhaupt, keine Kleinigkeit iſt, der weitern Beweiſesaufnahme überheben dürfte, und es iſt zu erwarten, daß man dieſe Verordnung aufhebe, wenn man unſer Beweisſyſtem nicht ſelbſt ändert. Zwar heißt es hier vollgültiges Geſtändniß, nicht Geſtändniß ſchlechthin, und es ſoll wohl auch mit dieſem Ausdruck ein vollbeweiſendes bezeichnet werden; allein da das Bekenntniß, außer dem ſubjectiven Thatbeſtand, oft nach der Beſchaffenheit des Verbrechens und des beſondern Falles nicht von dem objectiven Thatbeſtand getrennt werden kann, d. h. erſt durch die Uebereinſtimmung mit demſelben, und ſo, daß beide ſich gegenſeitig unterſtützen, ein vollbeweiſendes wird; ſo muß man zugeben, daß in vielen Fällen, bei nicht erwieſenem, ſondern nur wahrſcheinlich gemachten Thatbeſtande und nur wahrſcheinlicher

Verbindung zwiſchen That und Thäter, ein vollgültiges Geſtändniß gar nicht da ſeyn könne, und es iſt alsdann dieſe Beſtimmung, ihrem Sinne nach, keine andere, als die einer außerordentlichen Strafe, in der Bedeutung des Preußiſchen Rechts, und unterliegt gleichen Bedenken wie dieſe ſelbſt.

Der weitere Vorſchlag geht nun dahin:

„daß dem Angeſchuldigten in Fällen, wo die Strafe Grade hat, und das Maaß von — — nicht überſteigt, vorſtehende Vorſchrift (des erwähnten und modificirten §. 59.) gleich bei dem erſten Verhör mit dem betreffenden Strafgeſetz bekannt zu machen; auch er, unter Regiſtrirung deſſen, zum Geſtändniß aufzufordern und ſeine Erklärung darüber zu protocolliren."

Zu dieſem Zweck ſoll nicht der Inquirent, ſondern das die Unterſuchung einleitende und künftig erkennende Gericht das Strafgeſetz beſtimmen, das dem Angeſchuldigten mit der Aufforderung zum Geſtändniſſe bekannt zu machen wäre, mittelſt einer einfachen Verfügung des Inhalts: „Die Unterſuchung wird auf den Grund des §. — eingeleitet und iſt dem Inculpaten bekannt zu machen, daß, wenn er die That einräumt, ihn höchſtens (nehmlich in Entſtehung anderweitiger Milderungsgründe) eine Strafe von — — treffen werde." Als Grund wird angegeben: „daß wenn er aus einem ſolchen Bekennntniſſe vor anderweitiger Ueberführung ein Recht auf eine beſtimmte Strafe erwarten ſoll, er auch mit Gewißheit darauf müſſe zählen können, daß ihn keine härtere treffe."

Abgeſehen von den Entgegnungen, die ſich vom rechtlichen Standpunkte aus darbieten, und die be-

reits angeführt ſind, ſtehen politiſche Rückſichten eben ſo ſehr im Wege, als unſer ganzes Verfahren, inſofern es auf dem Unterſuchungsprincip beruht, der Ausführung Hinderniſſe in den Weg legt.

Wenn nehmlich das erkennende Gericht durch ein ſolches Verſprechen, durch eine ſolche Erklärung, die gewiſſermaßen ein im Voraus und eventuell geſprochenes Urtheil iſt, gebunden ſeyn ſoll — ſo iſt es allerdings nicht zuläßig, daß dieß von dem Inquirenten ausgehe, es muß nothwendig die urtheilsfällende Behörde ſeyn, deren Recht und Pflicht, ein gerechtes Erkenntniß zu fällen, nur nach ihrem eigenen gewiſſenhaften Ermeſſen erfüllt werden kann. Allein wie bedenklich erſcheint dann eine vorhergehende Urtheilsfällung, bevor die zu beurtheilende That in ihrer ganzen concreten Eigenthümlichkeit vorliegt? Wozu denn ſonſt die unerläßliche Genauigkeit der Unterſuchung, für welche auch der geringſte und ſcheinbar unbedeutendſte Umſtand von Wichtigkeit iſt? Wie ſchwer iſt es in vielen Fällen, auf den Grund der erſten Kunde — hier iſt ja ſtets die Rede von einer erſt einzuleitenden Unterſuchung — auch nur die Klaſſe oder Gattung des Verbrechens, und ſomit das anzuwendende Strafgeſetz im Allgemeinen zu beſtimmen? wie viel ſchwieriger iſt es, wenn auch dieſe Vorfrage genügend beantwortet iſt, für den beſondern Fall, eine feſte Beſtimmung — aus der dem Angeſchuldigten ein Recht erwachſen ſoll — zu treffen, ohne die Gerechtigkeit zu verletzen, ohne deren höheren Forderungen, jenem untergeordneten, und doch nur möglichen Vortheil zu opfern?

Schon an einem andern Orte [20]) habe ich bemerkt, daß nach unſerm Verfahren erſt die vollſtändige Unterſuchung es ergebe, welche ſtrafbare Handlung, und in welcher Geſtalt ſie der Beurtheilung vorliege, und ſelbſt hier können, wie die Erfahrung lehrt, die Meinungen der Mitglieder des Spruchcollegiums ſehr getheilt ſeyn [21]). Bei dem Anklage-Verfahren und demjenigen, welches dieſem nachgebildet iſt, ſteht die Sache ganz anders. Hier wird eine beſtimmte Perſon, einer beſtimmten That halber, nach einem beſtimmten Geſetz in Anſpruch genommen, der Richter unterhandelt nicht mit dem Angeklagten, ſondern die von den Geſchwornen zu entſcheidende Frage, — ob der Angeſchuldigte dieſes Verbrechens ſchuldig ſey, oder nicht — beſtimmt ſeine Entſcheidung, ohne ihn zu hindern, die geſetzlichen Schärfungen oder Milderungen, auf den Grund des Urtheils über das Faktum zu beachten. Selbſt nach dem oben erwähnten engliſchen Verfahren, wird im Falle des freiwilligen Geſtändniſſes auf die geſetzliche Strafe erkannt,

---

[20]) S. Note 16 u. 18.

[21]) Es iſt bekannt, wie ſchwierig es überhaupt iſt, die Principien genau feſtzuſtellen, welche den Richter bei Abmeſſung der Strafe nach einem relativen Geſetze leiten müſſen, wobei die Eigenthümlichkeit der zu beurtheilenden, alſo in allen ihren Momenten feſtſtehenden Handlung ſorgfältig zu berückſichtigen iſt. Läßt es ſich nun rechtfertigen, daß alle die concreten Unterſchiede der Strafwürdigkeit nichts gelten um allgemein ein Minimum feſtzuſetzen, deſſen Anwendung lediglich durch die Thatſache eines frühern, da es durch dieſes Verſprechen hervorgebracht iſt, nicht einmal wahrhaft freiwilligen Geſtändniſſes begründet werden ſoll? Freiwillig iſt es dann wenigſtens nicht, in dem wahren Sinne, wo es aus Reue und Gerechtigkeitsgefühl hervorging.

und nur hinterher kann auf eine Milderung im Wege der Gnade gerechnet werden. Man darf aber nicht überſehen, daß eine ſolche im Prinzip des Anklage-Verfahrens gegründete Vorherbeſtimmung, ſich weit eher mit einigem Erfolge treffen läßt, weil der Verſetzung in den Anklageſtand, wozu auch noch ein Urtheil erforderlich iſt, eine, nicht dem Gericht, ſondern dem Ankläger, Procurator ꝛc. obliegende Voruntersuchung vorausgeht, in welcher die Beweiſe dafür möglichſt vollſtändig geſammelt werden, ob überhaupt eine Anklage und auf welchen Grund ſie zuläßig ſey. Und gerade im Fall der Bejahung wird dann, nach dem, bei Geſchwornen von dem unſrigen abweichenden Beweisſyſtem auf das Bekenntniß ein ſo entſchiedener Werth gar nicht gelegt. Nun ließe ſich zwar einwenden, daß unſere, der Special-Unterſuchung vorausgehende General-Unterſuchung [22]) daſſelbe leiſte, und ich will dieß, obſchon nicht ohne Vorbehalt, zugeben. Dennoch bleibt, was für die vorliegende Betrachtung von großer Wichtigkeit iſt, auch, wenn gegen eine beſtimmte Perſon die Einleitung der Special-Unterſuchung begründet iſt, die erwähnte Schwierigkeit übrig, das wirklich anzuwendende Strafgeſetz, alſo auch das beſondere Verbrechen vorher zu beſtimmen. Ferner den Fall vorausgeſetzt, daß in der

---

[22]) Dieſe beiden Theile kommen, wenn auch die Trennung nicht überall geſetzlich gleich ſtreng bezeichnet iſt und nicht ſtets in einem beſtimmten Unterſuchungsfall durch einen äußern Abſchnitt kenntlich gemacht, ſondern der Uebergang oft minder hervortretend iſt, doch der Sache nach, in allen wichtigern Prozeſſen vor, und werden auch mit Recht in neuern Geſetzgebungen anerkannt. Vgl. Meinen Criminal-Prozeß §. 143. ꝛc. (150. der zweiten Ausgabe.)

General-Unterſuchung nicht bloß auf den objektiven Thatbeſtand Rückſicht genommen, ſondern auch die des Verbrechens verdächtige Perſon wenigſtens ſummariſch verhört ſey, alſo immer noch ehe das erkennende Gericht, jene dem Angeſchuldigten zu eröffnende Beſtimmung treffen konnte, wird man anerkennen, daß wenn jetzt ſchon ein Geſtändniß erfolgt, jene ſpätere Bekanntmachung zwecklos ſey, im entgegengeſetzten Fall aber bei fortgeſetztem Leugnen ſchon der Anſpruch, auf Lohn eines freiwilligen Bekenntniſſes, wenn ein ſolcher beſtände, verloren geht, ſobald es der Schuldige darauf ankommen läßt, in den eigentlichen Anklageſtand verſetzt zu werden. Hier erfolgt ſein Geſtändniß ſpät genug, da die Voruntersuchung nicht ohne genügende Reſultate geblieben ſeyn darf, wenn weitere Schritte gegen eine beſtimmte des Verbrechens verdächtige Perſon für nothwendig und zuläßig erachtet werden. Iſt es demnach nicht, wie oben bemerkt, ein höherer Grund, der Sieg der Wahrheit und des Rechts, welcher dem Schuldigen das Bekenntniß abnöthigt, ſo glaube ich wird man nur ausnahmsweiſe darauf rechnen dürfen, daß die bloße Erwartung eines ſolchen Vortheils — der gelinden Strafe — den, der außerdem zum Leugnen geneigt wär, davon abhalten ſollte und dieſes iſt doch die Hoffnung und der Grund der vorgeſchlagenen Beſtimmung.

Fragen wir nehmlich, worin jener Lohn, und zwar nicht eines gleich anfangs abgelegten reuigen Bekenntniſſes, ſondern eines erſt durch dieſe Verheißung veranlaßten beſteht, ſo iſt es ein Nachlaß von dem ſonſt eintretenden Uebel, aber doch immer ein Uebel, welches den Geſtehenden erwartet, nach der Art, wie in der Erfahrung die Strafe, als Leiden und etwas, das in der

Regel geflohen wird, dem Schuldigen zu erſcheinen pflegt [23]). Wird er nun dieſes auch ſelbſt kleinere Uebel — z. B. drei Jahre Zuchthaus! — über ſich ergehen laſſen, wenn er durch Leugnen demſelben zu entgehen hofft? Der Nachlaß oder die Milderung mußte entweder ſehr bedeutend ſeyn, um den Schuldigen gleichſam gegen ſeine urſprüngliche Neigung zu bewegen, ſich dieſem kleinern Uebel zu unterwerfen, als im Falle der Ueberführung oder eines ſehr ſpät abgelegten Geſtändniſſes, das größere zu gewärtigen, dann verletzt er aber die Gerechtigkeit, welche auf einen ſo wenig wichtigen Umſtand nicht ſo großes Gewicht legt, um ſo viel von der verdienten Strafe deshalb nachzulaſſen und ſelbſt dann wird das künftige mögliche Uebel, nach bekannter Erfahrung immer kleiner erſcheinen, als das gegenwärtig: gewiſſe, welches dem Bekenntniß unvermeidlich folgt. Wer ſich z. B. einſperren laſſen muß, wird lieber nur 3 als 4 Jahr ſeine Freiheit mit allen den Vortheilen entbehren, die ſie begleiten, wer aber durch Leugnen entgehen zu können glaubt, wer alſo von dieſer Unvermeidlichkeit nicht überzeugt iſt, wird es vorziehen, auch der geringern Strafe auszuweichen, und es darauf ankommen laſſen, ob man ihn überführen könne [24]). Denn nicht ſelten tritt der Umſtand ein, daß ein wirklich Schuldiger, dem ſeine That

---

[23]) Meine Unterſuchungen S. 9. ꝛc.

[24]) Kommt es dann, in Ermangelung eines Geſtändniſſes auf den Grund anderer, nicht zu voller Ueberführung hinreichender Umſtände zu einer außerordentlichen Strafe, die das Preuß. Recht zuläßt, ſo wird, da dieſe ſtets weit gelinder als die ordentliche ſeyn muß, der Verbrecher noch immer in den meiſten Fällen beſſer davon kommen, als wenn er geſteht.

mit allen Nebenumſtänden bekannt iſt, ziemlich wiſſen kann, ob eine Ueberführung möglich ſey, oder nicht z. B. wenn keine Mitſchuldigen, keine Zeugen dabei waren, wenn das Verbrechen nicht einen Angriff auf Perſonen enthält, die gegen ihn auftreten könnten. Ein Beiſpiel bietet eine Urkundenverfälſchung, welche in der Einſamkeit verübt wäre, und keine beſondern Werkzeuge und Vorrichtungen erfordert, die, bei einer Nachforſchung entdeckt, als Indicien gebraucht werden könnten. Zwar iſt es nicht ſelten, daß ein auf die verborgenſte Weiſe begangenes Verbrechen durch Umſtände an den Tag kommt, die der Leugnende nicht beachtet hatte, aber eben darum nimmt er ſie auch nicht in die Berechnung der Gründe auf, welche ihn eine Ueberführung mit allen ihren Gefahren fürchten laſſen und daher ſeinen Entſchluß zu einem freiwilligen Geſtändniß unter jener Verheißung zu beſtimmen vermöchten [25].

Oder der Nachlaß, jener angebliche Lohn, iſt nur ein unbedeutender, wie er es, wenn dem Rechte nicht durch eine außerhalb deſſelben liegende Rückſicht Gewalt angethan werden ſoll, allein ſeyn dürfte, dann bleiben alle eben erwähnten Einwendungen beſtehen, und es kommt noch die erhebliche hinzu, daß das Intereſſe zum Geſtändniß ein noch geringeres iſt, als unter der andern Vorausſetzung.

Nach keiner Seite ſcheint mir alſo dieſer Vorſchlag für ein auf Grundſätze des Rechts gebautes Geſetzbuch annehmbar. Auch läßt ſich nicht ein ſo ausſchließliches Intereſſe zu ſtrafen denken, daß durch ſolche Weiſe, das Recht, worauf das ganze Verfahren berechnet iſt, ſelbſt

---

[25]) Mein Syſtem der Crim. R. W. §. 371. Not. 103 b.

gemindert, und die Pflicht gründlicher, vollſtändiger Unterſuchung, dadurch bei Seite geſetzt werden ſollte [26]). Träte ausnahmsweiſe ein ſolcher Fall ein, wie in der Einleitung berückſichtigt iſt, ſo mag im Wege der Gnade auf verfaſſungsmäßige Weiſe Milderung, ſelbſt Strafloſigkeit ꝛc. ja, wie das römiſche Recht bei dem Hochverrath unter gewiſſen Vorausſetzungen beſtimmt, ſelbſt ein Lohn gewährt werden [27]); aber dann iſt aus dem Gebiete des Rechts, mit dem wir es in der gegenwärtigen Unterſuchung ausſchließlich zu thun hatten, in ein anderes übergegangen, das ſich zwar nach andern Gründen beſtimmt, aber nur höchſt ſelten und ausnahmsweiſe der Gerechtigkeit gegenüber geltend machen darf.

---

[26]) Es iſt befremdlich, daß in dem bei Hitzig Heft XXXV. S. 178 Not. *) mitgetheilten Fall, die Erinnerung des Correferenten, daß eine vollſtändige Unterſuchung nicht entbehrt werden könne, wenn bei der Selbſtbeſchuldigung und dem Geſtändniß zugleich der ſubjektive und objektive Thatbeſtand bekannt ſey, aber kein anderer Beweis vorliege, daher der §. 301, der auf Bekenntniß allein die Verurtheilung geſtattet, nicht Anwendung finden könne, — dennoch nicht Eingang gefunden hat.

[27]) S. oben Note 10.

II. Ueber die Verurtheilung bei unvollständigem Beweiſe, und insbeſondere die Form des Urtheils.

An die vorſtehende Betrachtung über das Geſtändniß, ſchließen ſich einige Bemerkungen, über die Verurtheilung ohne Geſtändniß. — Dieſe ſoll nach den Geſetzen, älterer und neuerer Zeit auf den Grund der Ueberführung, Ueberweiſung der Schuld des vor Gericht Stehenden erfolgen.

Die Form iſt eine gedoppelte, indem entweder die Thatfrage das Schuldig oder Nichtſchuldig von Geſchwornen beantwortet wird, welche an keine beſtimmte Beweistheorie gebunden, lediglich nach dem Eindruck, den die in ihrer Gegenwart vorgenommene Verhandlungen, auf ihre ſubjektive moraliſche Ueberzeugung gemacht haben, dieſe ausſprechen, ohne darüber eine andere Rechenſchaft zu geben, als die ſie Gott, ihrem geleiſteten Eide und ihrem Gewiſſen ſchuldig ſind. Für das weitere Urtheil, oder richtiger, für den Schluß, den richterlichen Ausſpruch des geſetzlichen Willens, der an dieſes faktiſche Urtheil der Jury geknüpft wird, fallen Geſtändniß und Ueberweiſung in ſofern zuſammen, als beide nur als Gründe der moraliſchen Ueberzeugung, des Urtheils der Richter über das Faktum in Betracht kommen. Von dem Richter im eigentlichen Sinn, von dem, der das anzuwendende Geſetz ausſpricht, wird der Schuldige, nicht weil er bekannt hat, nicht weil er ohnerachtet des fehlenden Bekenntniſſes überführt iſt, ſondern weil er überhaupt für ſchuldig erklärt iſt,

verurtheilt. Selbſtſtändig kommt hier das Geſtändniß ſo wenig in Betracht, daß nicht nur, wie es auch bei uns der Fall iſt, ohne daſſelbe eine Verurtheilung erfolgen kann, ſondern was auffallender, aber aus den öffentlichen Verhandlungen bekannt genug iſt, daß ſelbſt bei abgelegtem Bekenntniß, eine Erklärung des Nichtſchuldig ſtatt finden kann [28]). Daher, indem dieſe beiden Momente, — Geſtändniß und Ueberführung, als Mittel (media) von den höhern, der moraliſchen und innern Ueberzeugung verſchieden, kann man ſagen, der Spruch der Geſchwornen, wenn ſie verurtheilen, ſey die Stimme des Gewiſſens des Angeſchuldigten, deren Organ die Geſchwornen ſind — wie neuerlich vorgeſchlagen iſt [29]) — ſie legen für ihn und ſtatt ſeiner das Bekenntniß ab, — oder auch, er wird durch ſie, als Vertreter der Wahrheit, die er, auch wenn er geleugnet, in ſeinem Gewiſſen anerkennen muß, überführt. In beiden Fällen iſt das Reſultat daſſelbe, es iſt die Schuld, und zwar in Beziehung auf eine beſtimmte Uebertretung anerkannt, und der Richter hat einfach nur den Fall, wie er vorliegt, unter das Geſetz zu ſtellen, und die entſprechende Beſtimmung deſſelben auszudrücken.

Die andere bei uns gebräuchliche Form, zeichnet ſich durch zwei Merkmale aus, erſtlich, daß daſſelbe Gericht, die nehmlichen Perſonen über beides, die That und die Rechtsfrage entſcheiden, das Urtheil fällen und

---

[28]) Aber auch nach unſerm Verfahren kann etwas Aehnliches eintreten, da ja das Geſtändniß allein noch nicht zum Beweiſe und zur Verurtheilung hinreicht, ſondern begründet werden muß.

[29]) S. oben Note 2.

den Schluß daran knüpfen, und zweitens, daß ihre ſubjektive Ueberzeugung eine objektive Grundlage, an dem beſtimmten Beweisſyſtem, an gewiſſen feſtgeſetzten Regeln erhält, die für die Richter bindend ſind, indem, wenn dieſe z. B. die Ausſage tadelfreier Zeugen, gewiſſe für wahr erklärte Anzeigen, und die verſchiedenen angenommenen Abſtufungen (Brüche) von halben und mehr oder weniger halben Beweiſungen zuſammentreffen, oder nicht, das Gericht hiernach allein, nicht nach irgend einem außerhalb dieſes objektiven Gebiets, liegenden ſubjektiven Eindruck zu verurtheilen, oder freizuſprechen hat ꝛc. — ſo daß es möglich iſt, daß hiernach, und in Ermangelung regelrechten Beweiſes Jemand freigeſprochen werden muß, von deſſen Schuld der Richter die moraliſche Ueberzeugung — oder, wie man häufig ſagt, das Gefühl — hat; ein Fall, der öfter vorkommt, als der entgegengeſetzte, daß der von deſſen Nichtſchuld der Richter überzeugt zu ſeyn glaubt, dennoch verurtheilt werden muß, weil äußere zum Beweis im techniſchen Sinn erhobene Gründe es fordern. In beiden Fällen tritt Gefahr und Bedenklichkeit ein; die dort mehr in der Subjektivität der Geſchwornen, hier in der der Geſetzgeber liegen, welche gebieten, unter beſtimmten Vorausſetzungen, etwas für wahr, oder nicht wahr, noch mehr, es für wahrſcheinlich, für nicht vollſtändig erwieſen zu halten, und darauf einen Schluß zu gründen.

Wir wollen hier nicht in die bekannten Controverſen eingehen: zum Glück ſind die Fälle ſelten, wo da und dort ein Irrthum vorgeht; aber um billig zu ſeyn, muß man zugeben, daß, wie die Geſchwornen, bei ihrer Freiheit leichter irren können, ſo bei uns der Richter, wenigſtens durch Schuld Anderer, z. B. dem Scheine und

der Erforſchung nach untadelhafter Zeugen, die dennoch falſch ausſagen — was aber zu ſpät entdeckt wird, zu einem irrigen Ausſpruch verleitet werden könne, und man hat deshalb ſogar behauptet — was ich dennoch in dieſer Allgemeinheit nicht annehmen kann, daß der eigentliche Anzeigebeweis, der ſicherſte und untrüglichſte ſey, welcher eine Gewißheit, auf dem Grund angeblicher ſ. g. Vernunftſchlüſſe gewähren, wie er aus keinem andern Beweismittel ſich ergeben könne: zuweilen mag dieß aber wohl der Fall ſeyn.

Nach dem zuerſt geſchilderten Verfahren kommt alſo ein zwiſchen der Verurtheilung auf den Grund der Schuld und der Losſprechung unter der entgegengeſetzten Vorausſetzung liegender Fall nicht vor; nach dem unſrigen bieten ſich zwei mehr der Form als dem Inhalt nach verſchiedene Auswege dar, abgeſehen von der blos vorläufigen Freiſprechung wegen mangelnden Beweiſes, entweder nehmlich, auch den ſ. g. blos künſtlichen Beweis als einen vollen gelten zu laſſen, oder eine außerordentliche und deshalb gelindere Strafe auszuſprechen, alſo dieſen Beweis nicht für zureichend zu erklären. Nur kürzlich faſſe ich des Zuſammenhangs wegen, zuſammen, was ich an einem andern Orte erörtert habe [30]. Die Anerkennung, daß der Indicienbeweis vollſtändig und zur Verurtheilung hinreichend ſey, hat die Conſequenz für ſich, und würde im Reſultat mit dem bei Geſchwornen ſtatt findenden Verfahren zuſammentreffen, wenn nicht der wichtige Unterſchied einträte, daß bei dieſem, da einmal die Schuld als erwieſen gilt,

---

30) Vgl. die erſte Abhandlung und die Note 8. angef. Bemerkungen §. 17.

auf die volle Strafe, bei jenen doch nur auf eine geringere erkannt wird, indem gewiſſe Extreme, z. B. Todesſtrafe ausgeſchloſſen werden. Die Inconſequenz tritt daher auf eine andere Seite ein; die außerordentliche Strafe ſetzt die Schuld als nicht vollſtändig erwieſen voraus, und wenn kein Bedenken getragen wird, doch überhaupt zu ſtrafen, ſo macht es ſich wenigſtens in ſofern geltend, als nicht die volle ordentliche Strafe zur Anwendung kommen ſoll; — es iſt darin die Inconſequenz, daß nicht etwa, wie bei vollem Beweiſe volle Strafe, ſo bei nur theilweiſem, auch nur theilweiſe Strafe zuerkannt würde. — Dieß wäre richtig in allen Fällen, wo bei feſtſtehender Qualität, nur ein quantitativer Unterſchied obwaltete, ſondern, daß eben die Qualität die Schuld überhaupt, nicht die Stufe derſelben, des erforderlichen Beweiſes ermangelt, daß aber dennoch die hohe Wahrſcheinlichkeit, eine nicht nur wahrſcheinliche, ſondern wirklich nachtheilige Folge begründen ſoll, die aber quantitativ geringer angenommen wird. Dort ſoll, ohnerachtet eines für hinlänglich erachteten Beweiſes — der mehr als die höchſte Wahrſcheinlichkeit iſt, doch nicht die folgerichtig, als verdient zu betrachtende geſetzliche Strafe vollſtändig erkannt werden; hier will man, bei dem Zugeſtändniß, daß es an dem gehörigen Beweiſe fehle, dennoch eine Strafe zufügen, deren Unangemeſſenheit weder durch den Nachlaß, noch durch den Namen gehoben wird, wenn man einmal davon ausgeht, daß es am Beweiſe fehle[31]). In der That iſt es das Wort,

---

[31]) So ſagt, um von unzähligen Beiſpielen, nur einige der neueſten zu erwähnen, der Criminalſenat des K. G. zu Ber-

was hier, und mit Recht Bedenken erregt; der Sache nach, wird es meiſtens die Ueberzeugung der wirklichen Schuld ſeyn, die innerlich auch der Verbrecher theilt, und bei gründlichem Verfahren wird eher ein Schuldiger, auf dieſe Weiſe gelinder durchkommen, als ein Nichtſchuldiger zur Strafe gezogen werden [32]). Zwar bleibt dieſe letzte Möglichkeit nicht ausgeſchloſſen, und es iſt eine ſchwere Aufgabe für die Geſetzgebung, hier den

---

lin, in einem Gutachten bei Hitzig Heft XXXIV. S. 210.: „Die außerordentliche Strafe beruht nur auf Wahrſcheinlichkeit, nicht auf Wahrheit — die ordentliche, unter allen Umſtänden, auf der Vorausſetzung der völligen Ueberführung des Thäters." Ganz richtig iſt dieß nicht ausgedrückt, es iſt gegründet, daß die außerordentliche Strafe auf Wahrſcheinlichkeit beruhe, aber nicht allgemein, daß ſie „nicht auf Wahrheit" beruhe, denn es kann dabei, und das hofft man meiſtens und glaubt es, ſonſt würde man nicht ſo urtheilen, die Sache, wie ſie ſcheint, auch wirklich ſeyn, ja ſie wird in der Regel eben darum, weil ſie wahr iſt, auch ſo ſcheinen, obgleich der Schein trügen kann. Ohne dieſe Vorausſetzung könnte gar nicht die Rede davon ſeyn, das Gericht, welches Wahrſcheinlichkeit und Indicien für die Unterſuchung habe, auch nur mit einigem Grunde auch für das Urtheil gelten zu laſſen. Wahrſcheinlichkeit als etwas ſubjektives, und ſonſt gar nicht vorhandenes, und Wahrheit, als objektives, ſind gar keine eigentliche Gegenſätze, ſo wie ſie auch nicht zuſammenfallen; ſie gehören ganz verſchiedenen Gebieten an, deren Verwechslung die Quelle aller hier vorkommenden Irrthümer iſt. Vgl. Heft XXXII. S. 309. ꝛc. und unten Note 46.

32) Daher auch nicht ein ſo allgemeiner Reiz zum freiwilligen Geſtändniß. Vgl. oben N. I. Jene Folge dient übrigens nicht zur Rechtfertigung des Princips der außerordentlichen Strafe, ſondern giebt nur der Gründlichkeit des Verfahrens und der Sorgfalt bei der Beurtheilung ein ſchönes Zeugniß.

den rechten Weg zu treffen [33]). Allein, um bei jenem Fall ſtehen zu bleiben — es iſt beſtimmt, daß dem Geſetzgeber, der unter gewiſſen Vorausſetzungen eine außerordentliche Strafe auszuſprechen gebietet, wie den Rechtslehrern und Richtern, welche dieſelbe in die Praxis einführten, der Gedanke vorſchwebt, die Schuld ſey keineswegs nur wahrſcheinlich, wenn dieſe und andere zum ſ. g. künſtlichen Beweis führenden Umſtände zuſammentreffen, ſondern ſie ſey wirklich vorhanden, und mindeſtens ſo weit, und ſo viel von ihr erwieſen, daß eine Strafe überhaupt — aber gerade nur dieſe geringere, als wirklich verwirkt, von Rechtswegen anzunehmen ſey. Iſt demnach in der Sache ſelbſt der Unterſchied minder bedeutend, ſo ſollte man auch die Bezeichnung, die ſo viel falſchen Nebenbegriff mit ſich führt, aufgeben, und wenigſtens den hieraus zu entnehmenden Einwendungen begegnen, wenn man auch die der Sache entgegenſtehenden Gründe, bei der Mangelhaftigkeit menſchlichen Erkennens vielleicht nie ganz vollſtändig zu beſeitigen im Stande ſeyn ſollte.

Jene falſchen Folgen zeigen ſich unter andern bei der Form des Urtheils. Die Strafe, und ſomit das dieſelbe (mit Gründen) ausſprechende Urtheil, ſoll ſich an dem Wiſſen und Willen, dem Bewußtſeyn des ſchuldigen Individuums, als die nothwendige Folge ſeiner Handlung und Schuld ankündigen: ſie ſoll ſeine

---

[33]) Meine Abh. in den Jahrb. der Juriſt. Literatur. Bd. IX. Heft 2. S. 175. ꝛc. Bd. XI. Heft 2. S. 133. ꝛc. Die Gefährlichkeit der Verurtheilung, die Möglichkeit der Unſchuld, wird auch anerkannt in dem Gutachten bei Hitzig Heft XXXII. S. 315 — 319.

Schuld, ſeinen gegen das Recht anſtrebenden Willen und zugleich den Sieg dieſes heiligen und unverletzlichen Rechtes, deſſen Wiederherſtellung, an dem Willen des Thäters ausſprechen zur nothwendigen Genugthuung, die dem von ihm gebrochenen Rechte, und damit auch der Geſammtheit und ihm ſelbſt zu Theil wird. — Dieß drückt ſich einfach aus, indem ſeine Schuld, auf eine der oben erwähnten Arten, als vorhanden, und auf deren Grund das Straferkenntniß, ausgeſprochen wird. Aber ſchwieriger iſt die Sache, wenn, nach den bisher angeführten Vorausſetzungen, auf eine außerordentliche Strafe erkannt wird. Daß ſie eine ſolche ſey, wird in den Urtheilen der Preußiſchen Gerichtshöfe ſtets ausdrücklich geſagt.

Wenn es nun heißt:

„daß ... N. N. wegen Tödtung ſeines Vaters .... mit einer zwanzigjährigen Zuchthausſtrafe außerordentlich zu beſtrafen“ [34])

oder:

„daß ... N. N. wegen dringenden Verdachts das Verbrechen der ..... begangen zu haben, mit einer ... Strafe, außerordentlich, zu belegen“ [35])

---

[34]) Dieſes Urtheil findet man bei Hitzig Heft XXXIV. S. 365.

[35]) Ein ſolches Urtheil bei Hitzig Heft XXXII. S. 313. „Daß Inquiſit N... wegen verſtärkten Verdachts des Raubmordes, außer der rechtskräftig wider ihn erkannten zwanzigjährigen (außerordentlichen Strafe der) Zuchthausarbeit, noch mit einer zehnjährigen — alſo dreißigjährigen ꝛc. zu belegen. Vgl. Heft XXVII. S. 46. und 131. ꝛc. und was gegen dieſe Form in Heft XX. S. 450. erinnert iſt, auch in meiner Anzeige in den Jahrb. ꝛc. XVIII. S. 51. ꝛc. 69.

ſo findet ſich in beiden Fällen, ſchon durch die bloße Form des Urtheils, das Rechtsgefühl und der logiſche Sinn verletzt.

Hat N. N. wirklich ſeinen Vater ums Leben gebracht, warum trifft ihn die Strafe, welche es ſey, die man für verwirkt rechtlich erachtet, nur außerordentlich, weshalb nicht eine ordentliche?

Steht er nur im Verdacht, fehlt es an der Gewißheit ſeiner Schuld, warum wird auf Strafe erkannt, und etwas außer der Ordnung, erklärt.

Ein Individuum, das nur einigermaßen überlegt, was ihm durch ein ſolches Urtheil publicirt wird, findet wohl, mit dem Gang der Unterſuchung bekannt, ſelbſt, wenn ſich ihm das Gefühl und Bewußtſeyn der Schuld aufdringt, den Sinn heraus, und nicht minder, wenn es ſich unſchuldig fühlt. Verlangt es aber z. B. von ſeinem Defenſor eine Erläuterung, ſo wird ihm dieſer, wenn er wahr reden will, und in der Regel verſchweigt er nicht, was dem Angeſchuldigten günſtig iſt, ſagen müſſen: man halte ihn für ſchuldig, ſey deſſen aber in Ermangelung eines Geſtändniſſes und ſonſtigen hinreichenden Beweiſes, nicht ſo gewiß, um ihn rechtlich ordentlich verurtheilen zu können; man trage jedoch Bedenken, da er ſich von dem gegen ihn waltenden Verdacht nicht reinigen könne, ihn ſelbſt auch nur vorläufig freizuſprechen, und deshalb ſey eine außerordentliche Strafe, d. h. eine ſolche erkannt worden, bei der man die Ungerechtigkeit, die in der Verurtheilung eines möglicherweiſe Nichtſchuldigen liege, durch einen beträchtlichen Nachlaß von der im Falle erwieſener Schuld verwirkten ordentlichen Strafe, auszugleichen geſucht, und dieß ſey eine der öffentlichen Sicherheit zum Opfer ge-

brachte nothwendige Maaßregel, welcher ſich, um des Nutzens, wenn auch nicht der Gerechtigkeit willen, derjenige unterwerfen müſſe, welcher in einem ſolchen dringenden Verdacht gerathen zu ſeyn entweder als ein Unglück, das er mit ſeinen Folgen zu tragen habe, oder als ſeine Schuld anſehen müſſe, wie auch in anderer Rückſicht, z. B. der Verurtheilung in die Koſten dieſer Umſtand, als Schuld zugerechnet werde [36]).

Ob ſich der Verurtheilte dabei beruhigen, ob er nicht fragen werde, wie man einen doch immer ſchweren Nachtheil über den verhängen dürfe, der entweder wirklich ſchuldig, folglich ordentlich ſtrafbar, ſey, oder nicht ſchuldig, folglich auch nicht in dieſem Sinn gefährlich? Wir laſſen dieſe Frage auf ſich beruhen, weil wir nicht aus dem Kreis herauskommen. Bei dem Verurtheilten findet ohnedem, ſo wie in der Sache ſelbſt, die nur ſo ſeyn kann, oder nicht, jener Zuſtand des Zweifels und der Wahrſcheinlichkeit gar nicht ſtatt; denn dieſer iſt nur etwas Subjektives, die fragliche That aber und die Schuld, iſt entweder gegründet oder nicht, es giebt objektiv zwiſchen der Wahrheit dieſer beiden Punkte keine in der Mitte ſtehende, der Wahrſcheinlichkeit entſprechende Cathegorie, nach welcher etwas nicht ganz das eine, noch das andere, ſondern etwas Drittes ſeyn könnte. Es wird demnach entweder der Verurtheilte im Bewußtſeyn ſeiner Unſchuld, die weltlichen Gerichte anklagen, — oder ſeiner Schuld, ſich Glück wünſchend, durch Zurückhaltung des Geſtändniſſes, der ſchwereren ordentlichen Strafe entgangen zu ſeyn. Wir wollen gern zu-

---

36) S. die erſte Abhandl. P. G. O. Art. 61. Pr. Crim. O. §. 609.

geben, daß der letzte Fall der gewöhnlichere ſey, daß, wie die Sache bei uns genommen wird, die außerordentliche Strafe nur den Schuldigen treffe. Aber um hier nicht zu wiederholen, was ſchon ſo oft, und von ſo Vielen bemerkt iſt, ſondern nur bei der Form des Urtheils ſtehen zu bleiben — wenn man die Ueberzeugung hat, welche die unerläßliche Grundlage eines ſolchen Urtheils ſeyn muß, wenn man es wagt, auf eine vieljährige Freiheitsberaubung zu erkennen, warum ſollte man denn nicht auch den Muth haben, dieſes offen auszuſprechen, zu ſagen, daß jener ſchuldig ſey, und daß ihn darum dieſe Strafe, in dieſem Maaße treffe? Dies iſt der Gerechtigkeit würdig, und des Staats, der ſie übt und handhabt, und wird dieſe, auch in den Augen der Bürger, und vor dem Verurtheilten ſelbſt, in ihrer wahren Bedeutung laſſen, als es auf jene gewiß nicht unzweideutige Weiſe geſchieht, würdigen laſſen.

III. Ueber das weitere Verfahren gegen einen zu ausserordentlicher Strafe Verurtheilten, rücksichtlich spätern Beweises.

Wir richten unſern Blick, auf den zu einer außerordentlichen Strafe Verurtheilten, nach dem Erkenntniſſe, welches zur Vollſtreckung gekommen iſt, — und ſetzen dabei, was die Regel iſt voraus, daß dieſe wirkliche

Strafe, welchen Namen man ihr auch geben möge, in Gefangenſchaft beſtehe [37]).

Es iſt möglich, daß ſich während dieſer Zeit keine Gründe, weder der Gewißheit, noch der Wahrſcheinlichkeit der Unſchuld, oder mindern Schuld, (da doch eine Schuld überhaupt angenommen wird,) noch der wirklichen Schuld, oder eines höhern Grades, als der vorausgeſetzten, ergeben, und dann hat es dabei ſein Bewenden. Allein es kann auch ſeyn, daß ſich für irgend eine dieſer Fragen, neue Gründe — der Gewißheit oder Wahrſcheinlichkeit darbieten — ſey es von außen her, z. B. in Anſehung der Unſchuld, durch Ausmittelung des wahren Thäters, durch die Herſtellung der Falſchheit der Zeugen-Ausſagen, des Meineids, der Beſtechung der Zeugen ꝛc. — oder auch durch den Verurtheilten ſelbſt, z. B. rückſichtlich der Schuld, indem er ſpäter ein vollgültiges Bekenntniß ablegt, welches nach vorgängiger Prüfung und Feſtſtellung, zur Fällung eines Erkenntniſſes auf die ordentliche Strafe hinreichend befunden wird. Hier entſteht die Frage was nun geſchehen müſſe; eine Frage, deren Beantwortung in Verbindung ſteht mit der Lehre von der (angeblichen) Rechtskraft der Urtheile in Criminalſachen, der Möglichkeit der Wiederaufnahme der Unterſuchung, zum Vortheil oder Nachtheil des Verurtheilten — Fragen, die auf gleiche Weiſe in dem Falle ſich darbieten, wo die Verurtheilung in eine ordentliche Strafe, auf den Grund befunde-

---

37) Nach der Crim. O. §. 408. „nur Geldbuße oder zeitige Strafarbeit" und nur wenn die Geſetze ausdrücklich eine Ausnahme geſtatten, auch körperliche Züchtigung. Vgl. A. L. R. II. 20. §. 34. mit den dazu gehörigen ſpätern Zuſätzen.

ner geringerer Schuld erfolgt war, z. B. wenn ſich ſpä- ter ergiebt, daß der wegen Beihülfe Verurtheilte, der Urheber des Verbrechens geweſen ſey.

In dem Zuſammenhang, in welchen ich dieſe kleinen Beiträge untereinander ſetze, will ich nur dasjenige hier betrachten, was mit der vorigen Abhandlung (No. II.) in Verbindung ſteht, und auch im Allgemeinen auf die Bemerkung beſchränken, daß ſo fern nicht im beſondern Falle durch deſſen Eigenthümlichkeit eine durch die Re- gel ſelbſt gebotene Ausnahme eintritt, dieſe Regel An- wendung finden müſſe, daß nichts unterlaſſen werden dürfe, was ſich als Forderung der wahren Gerechtigkeit ergiebt [38]).

---

[38]) Dieß würde z. B. der Fall ſeyn, wenn die zum Nach- theil des bereits in der Erſtehung der Strafe begriffene, zu ver- anſtaltende weitere Unterſuchung, wegen Thatſachen die voraus- ſichtlich nur eine geringe Erhöhung der Strafe begründen könnten, im Mißverhältniß, ihrem geſammten Zeit-, Kraft- und ſonſtigen Aufwand nach, mit dem zu erreichenden nächſten Zweck ſtände, und ſo wird es auch meiſt, ja in noch ausgedehnterm Umfange angenommen. Ueber das Princip ſelbſt ſ. die Preuß. Crim. O. §. 412. und ein merkwürdiges Beiſpiel in Feuerbachs akten- mäßiger Darſtellung ꝛc. II. S. 466. In der gelungenen Schil- derung ſagt der Verfaſſer S. 473.: „der Gewiſſensdrang be- wirkte das Geſtändniß des bereits Freigeſprochenen und S. 480.: „bis zu dem letzten Augenblick verließ ihn weder die Reue, noch der Muth.“ Uebrigens iſt die Gerechtigkeit das Hauptziel, das jede Rechtspflege zu erreichen ſtrebt oder doch ſtreben ſoll, und es iſt ungegründet, wegen gelegentlicher Aeußerungen der Geſetze, die jene Grundlage nothwendig vorausſetzen, meiſtens aber keiner ſ. g. Theorie ausſchließend angehören, dieſen ir- gend einen äußerlichen andern Zweck unterzuſchieben, wie dieſes z. B. der Verfaſſer des Aufſatzes: „Das Preuß. Straf- recht iſt auf die Abſchreckungstheorie gegründet“, bei Hitzig Hft. XXXI. S. 224. thut, deſſen dürftige Gründe hiefür nicht

Ehe von den rechtlichen Folgen eines ſolchen erlangten Ergebniſſes die Rede iſt, betrachten wir die Art und Weiſe daſſelbe zu erhalten. In ſo fern dieſe in andern, als die Perſon ſelbſt betreffenden, von ihr ausgehenden Umſtänden, gegründet iſt, gelten hier keine, von dem gewöhnlichen Verfahren abweichende Regeln. Aber die Behandlung der in eine außerordentliche Strafe Verurtheilten [39]), bedarf noch in einer anderen Hinſicht, als die der Sträflinge überhaupt, einer beſondern Sorgfalt.

Schon von jeher hat man es wenigſtens als eine Aufgabe erkannt, wenn gleich zur gründlichen Löſung derſelben im Ganzen, aus mancherlei Urſachen noch nicht genug geſchehen iſt, auf die ſittliche Beſſerung der Sträflinge hinzuwirken [40]). Soll nun dieſes gründlich und mit Erfolg geſchehen, ſo iſt die gewöhnliche Thätigkeit

---

zureichend und nicht beweiſend ſind; aber allerdings iſt dieſer Theorie großer Raum geſtattet worden. Meine angf. Abh. ꝛc. XVIII. S. 65.

[39]) Wir haben hier immer den Fall vor Augen, wo durch den Mangel des Beweiſes, und namentlich des Geſtändniſſes, die Schuld in ihrer vollen rechtlichen Bedeutung nicht ermittelt, wo ſie nur wahrſcheinlich iſt, nicht den andern, in welchem eine außerordentliche Strafe im anderen Sinne, die aber auch, und nothwendig geringer iſt, als die ordentliche, erkannt wird, wenn bei vorhandenem Geſtändniß richtige Merkmale des objektiven Thatbeſtandes nicht feſtſtehen. Vgl. Not. 46, und als Beleg für den in der gemeinen Praxis angenommenen Sprachgebrauch, auch der neueſten Zeit, die von einem Würtembergiſchen Gerichtshof gefaßten Entſcheidungen, bei Hitzig a. a. O. Hft. XXXII. S. 361 – 363.

[40]) S. meine Abhandlungen in den Jahrb. der Juriſt. Literatur. Bd. X. Hft. 3. S. 266. ꝛc. und XII. Hft. 2. S. 150. ꝛc.

der einer Strafanſtalt vorſtehenden Beamten, welche allgemeinern, für das Ganze berechneten Inſtructionen folgen, und ſich mit dem Einzelnen, nach ſeinen individuellen Bedürfniſſen und ſeiner Gewiſſensſtimmung nicht durchgängig beſchäftigen können, keinesweges hinreichend, und es bedarf einer Unterſtützung, die am beſten von ſolchen hierzu geeigneten Perſonen geleiſtet wird, welche nicht vermöge eines beſondern Amtes, wonach eine gewöhnliche Geſchäfts-Praxis betrieben wird, ſondern durch ihren freien Willen, und ihre Liebe zur Sache berufen ſind. Würdige Geiſtliche, aber nicht dieſe allein, haben hier insbeſondere ein Gebiet ſegensreichen Wirkens, und in ſolchem Sinne haben ſich an vielen Orten, in deutſchen Ländern und auch in Preußen freiwillige Vereine gebildet. Denken wir uns nun einen ſolchen, der ſich dem zu einer außerordentlichen Strafe Verurtheilten mit wohlwollendem Ernſt nähert, der ſein Gewiſſen zu rühren, ihn zu tröſten und aufzurichteu ſucht, aber auch ihn belehrt, daß aufrichtiges Geſtändniß die erſte Bedingung der Reue und Beſſerung ſey; ſo wird es gewiß, wenn der Verurtheilte nicht unempfänglich für alle ſolche Lehren iſt, nicht ſelten gelingen, daß er, wenn er wirklich ſchuldig iſt, dieſes auch geſteht; und auf jeden Fall ſcheint es mir, darf man, zumal wo ſolche außerordentliche Strafen bis zu 20- und 30jähriger Dauer erkannt werden, nicht die rechtliche Unentſchiedenheit, ob er ſchuldig ſey oder nicht, ſo lange auf ſich beruhen laſſen, ohne von Zeit zu Zeit — natürlich nur auf ſittlichem religiöſen und rechtlichen Wege — den Verſuch zu machen irgend eine Gewißheit zu gewinnen; leicht könnte dann, wenn die Schuld des Einen hergeſtellt iſt, der auf einem Andern Unſchuldigen ruhende Verdacht ent-

fernt werden. Geſetzliche Beſtimmungen darüber in die Criminal-Ordnungen aufzunehmen, ſcheint mir nicht rathſam; aber in die Inſtruktionen derer, die ſich auf jene Weiſe mit den Sträflingen beſchäftigen, dürfte die Aufnahme der Empfehlung einer beſondern zweckmäßigen Einwirkung auf dieſe Klaſſe um ſo mehr zu billigen ſeyn, als ſie durch die Sache und den Zweck, wahrer Beſſerung und moraliſcher Einwirkung geboten wird. Gewiß wird bei manchem die Stimme des Gewiſſens, in dieſer Lage ſich regen, und ich kann mir dann nicht denken, daß, wenn ſich ein ſolcher Unglücklicher überhaupt, mit Vertrauen eröffnet, die nothwendig zur Sprache kommende Frage, ob er denn wirklich des ihm zur Laſt gelegten Verbrechens ſchuldig ſey? eben ſo unbedingt allemal ſollte in derſelben Ungewißheit bleiben, wie ſie es zur Zeit der Urtheilsfällung war. Vielleicht wird die Mehrzahl eine Zeitlang, ſelbſt fortdauernd ihre Nichtſchuld behaupten, — dann hängt es davon ab, ob ſie mit Erfolg etwas für dieſe Behauptung vorzubringen haben, um etwa eine wiederholte Unterſuchung zu veranlaſſen [41]), widrigenfalls das bisherige Verhältniß beſtehen bleibt. — Manche aber werden auch geſtehen. Aber nicht der Vertraute ihres Gewiſſens, dem ſie ihr Herz erleichtern und gleichſam ein Beichtgeheimniß übergeben, ſoll ſie verrathen. Sondern es iſt dann ſeines Amtes, es ihnen zur Pflicht zu machen, ihr Geſtändniß der competenten Behörde abzulegen, die auf dieſen Grund weiter zu unterſuchen, und dann zu veranlaſſen hat, daß erkannt werde, was Recht iſt, damit die Ord-

---

[41]) Preuß. Crim. O. §. 532. 588.

nuug und Beſtimmtheit an die Stelle des Außerordentlichen trete. Möglich, daß viele Verſuche ſolcher Einwirkung ſcheitern, dennoch liegt in dieſer Beſorgniß kein Grund, jene ganz bei Seite zu ſetzen, und auf jeden Fall wird doch nichts verſchlimmert.

Es iſt einleuchtend, daß nur im Fall eines gehörigen evidenten, an die Stelle früherer Wahrſcheinlichkeit getretenen Beweiſes, eine ſolche von der Gerechtigkeit geforderte, dem Schuldigen nachtheiligere Folge erkannt werden dürfe; unter dem Geſtändniß verſtehe ich aber hier nicht bloß den Fall der Einräumung der fraglichen That, an ſich, und wie ſie ſelbſtſtändig erſchien, verübt zu haben, ſondern auch den Fall wo Umſtände bekannt werden, die der allein beurtheilten That noch einen eigenthümlichen Charakter, eine ſ. g. Qualification verleihen; ſie iſt nehmlich dann wirklich nicht bloß dieſe That, wie ſie für ſich erſcheint, z. B. ein beſtimmter Diebſtahl, ſondern ſie iſt durch die nun erſt eingeräumten und nach gehöriger Prüfung als richtig hergeſtellten Umſtände weſentlich eine andere und beſondere That, mit ihrem eigenthümlichen Thatbeſtand, z. B. ein dritter, vierter Diebſtahl, zu deſſen Begriff die erlittene Beſtrafung früher verübter Diebſtähle gehört [42]). Hier ſind nun, wo, wie in Preußen die außerordentliche Strafe ſtatt findet, verſchiedene Combinationen

---

[42]) Zwar iſt dieß wenigſtens in der Theorie des gemeinen Rechts, in Anſehung der Auslegung des Art. 162. der C. C. C. beſtritten, indeß glaube ich jene Anſicht, der auch die meiſten Landesrechte beitreten, rechtfertigen zu können, was aber dem Gegenſtande dieſer Betrachtung fern liegt; auch habe ich bei andern Gelegenheiten darüber mehr bemerkt. Vgl. Hitzig's Zeitſchrift a. a. O. Hft. XXVII. S. 181.

möglich, die wohl nicht ſämmtlich auf gleiche Weiſe rechtlich behandelt werden dürfen, indeß werden die Vertheidiger jener Strafe, meiner Anſicht nicht ganz beiſtimmen. Wenn nehmlich, um bei dem aufgeſtellten Beiſpiele ſtehen zu bleiben,

1) wegen der frühern Diebſtähle, die bei der Unterſuchung und Aburtheilung eines ſpätern, dem Gericht unbekannt waren, ein Bekenntniß derſelben ſpäter erfolgt, und ſich findet, daß deren Strafe auf den Grund eines vollſtändigen geſetzlichen Beweiſes eine ordentliche war, ſo iſt, wenn

   a) der letzte zu beurtheilende Diebſtahl ſelbſt auch gehörig erwieſen iſt, bisher aber nur, als einzelner beurtheilt war, auf die ordentliche ſchwerere Strafe des dritten, vierten Diebſtahls zu erkennen, und darüber wohl ſo wenig ein Zweifel, als daß in dem Fall, wo

   b) der letzte Diebſtahl, wenigſtens ſo weit als Schuld des zu Beurtheilenden hergeſtellt iſt, daß eine außerordentliche Strafe nach den Grundſätzen der beſtehenden Geſetzgebung erkannt werden dürfte, dieſe gleichfalls mit Rückſicht auf jene erwieſenen Vorausſetzungen zu beſtimmen ſey.

2) Wenn dagegen die ſpätere Erklärung nun dahin geht, früher wegen Verdachts in eine außerordentliche Strafe verurtheilt, und der Vollſtreckung des Urtheils unterworfen worden zu ſeyn, ohne daß jedoch mit der Einräumung dieſer Thatſache auch die Schuld jetzt eingeſtanden oder ſonſt erwieſen würde; ſo glaube ich, daß weder, im Falle die jetzt zu beurtheilende letzte Handlung rechtlich erwieſen,

noch wenn ſie ſelbſt nur wahrſcheinlich iſt, ein ſo entſchiedener Einfluß derſelben auf das nun zu fällende Urtheil angenommen werden dürfe, um unbedingt, z. B. einen dritten ꝛc. Diebſtahl zu beſtrafen. Wo aber dem Verdacht überhaupt ſo viel Gewicht beigelegt wird, mag jener Umſtand zwar im Allgemeinen bei der Strafzumeſſung mit in Anſatz gebracht, aber nicht ein veränderter Thatbeſtand behauptet werden. Jedenfalls würde auch — wenn die letzte Handlung geſtanden und ſonſt erwieſen wäre — die Strafe, die für dieſe allein, eine ordentliche war, für ſie als angeblicher Rückfall, nur eine außerordentliche ſeyn können, weil, in Anſehung der Frage, ob ein dritter oder fernerer Diebſtahl vorhanden ſey, die erforderliche Gewißheit gebricht und hiefür nur Wahrſcheinlichkeit da wär. Und wenn beide, ſowohl die frühern, als das neuere Vergehen, nur auf dringendem Verdacht beruhen ſollten, ſo müßte wenigſtens die auszuſprechende außerordentliche Strafe in zweifacher Hinſicht geringer ermeſſen werden, weil ſowohl der Umſtand, daß das Vergehen, welches die Unterſuchung, oder Wiederaufnahme derſelben veranlaßt, nicht mit Gewißheit feſtſteht, als auch der andre, welcher die Vorausſetzungen betrifft, ohne welche von einem Rückfall nicht die Rede ſeyn kann, unerwieſen iſt, und auf bloßer Wahrſcheinlichkeit beruht [43].

---

[43]) Der möglichen Combinationen, nach Unterſchied des vollſtändigen und unvollſtändigen Beweiſes, wie man ſagt, und der außerordentlichen Strafe bei letzterm ſind nehmlich vier: a) frü-

Man ſieht auch hier wieder die Schwierigkeiten, welche dieſe außerordentliche Strafe einer möglichſt gerechten Beurtheilung entgegenſetzt.

Bei dieſer Gelegenheit berühren wir auch die neuerlich zur Sprache gekommene Frage, ob, insbeſondere nach den Grundſätzen des in Preußen geltenden Rechts, eine außerordentliche Strafe, wegen ſpäterer, ſich ergebender neuer und dringender Indicien, erhöht wer- werden dürfe? [44]) Es war der Fall vorgekommen, daß ein zur Unterſuchung Gezogener, „wegen Raubes und dringendſten Verdacht des Mordes zur zwanzigjährigen außerordentlichen Zuchthausſtrafe" verurtheilt, einige Zeit nach Antretung dieſer Strafe, nachdem derjenige, den er als den wirklichen Urheber des Mordes bezeichnet hatte, gefangen geſetzt, aber bei einer Confrontation mit dem erſtern, nicht für das von ihm angegebene Individuum erkannt worden war, auf den Grund des dadurch erhöhten Verdachts, nunmehr zu dreißigjähriger außerordentlicher Zuchthausſtrafe verurtheilt wurde. Hierüber iſt ein rechtliches Gutachten dem Kammergericht abgefordert worden, mit deſſen Reſultat, nehmlich der Unſtatthaftigkeit einer ſolchen Erhöhung, ſofern dieſe nehmlich nicht auf Beweis, ſondern nur auf verſtärktem Verdacht beruht,

---

here Vergehen voll erwieſen und das ſpätere gleichfalls voll; b) frühere unvollſtändig und das ſpätere vollſtändig; c) frühere vollſtändig und das ſpätere unvollſtändig; d) frühere unvollſtändig und das ſpätere ebenfalls nur unvollſtändig hergeſtellt.

[44]) Vgl. die intereſſante Abhandlung von Hitzig in deſſen angf. Zeitſchrift Hft. XXXII. S. 309 ꝛc. mit Hft. XXXIV. S. 203. ꝛc.

ich völlig, nach den von mir bisher ſtets vertheidigten Grundſätzen einverſtanden bin. Ich erlaube mir daher zu den dort angeführten Gründen noch folgendes hinzuzuſetzen. Es iſt richtig erinnert, daß hier nicht Wahrheit, Gewißheit an die Stelle der Wahrſcheinlichkeit trete [45]), ſondern nur ein höherer Grad der letzteren, eine Beſtärkung derſelben ſtatt finde, durch welche ein Grund zu einem neuen Urtheile nicht gegeben ſey. Auch hier zeigt ſich recht deutlich, wie die Verwechſelung und Zuſammenſtellung zweier weſentlich verſchiedenen Kathegorien, der Wahrheit und der Wahrſcheinlichkeit, unter einem und demſelben Geſichtspunkt — nehmlich des Beweiſes, der hier unvollſtändig, dort vollſtändig ſeyn ſoll — die Quelle eines Irrthums und weiterer Unrichtigkeiten wird.

Dieſe Annahme hat nehmlich die Folge gehabt, daß man, wie ich bereits oben bemerkt habe, dasjenige was qualitativ verſchieden iſt, für nur quantitativ verſchieden hielt, und demnach, wie dem vollen Beweiſe die volle Strafe entſpricht, ſo für den minder vollen — welcher alſo wie man glaubt, nur der Quantität nach weniger darböte, eine mindere Strafe und zwar wieder ſtufenweiſe, nehmlich für geringere Wahrſcheinlichkeit das geringere Maaß, für höhere, das größere Maaß zu erkennen ſey. Allein ſo iſt es nicht; ſonſt müßte auch dieſe geringere Strafe eine ordentliche, für erwieſene geringe aber nicht volle Schuld des ganzen Vergehens, genannt werden, wie ſie es in der That iſt, wenn, was die Praxis ſeit langer Zeit auch au-

---

[45]) S. die Not. 44. angf. Abh. S. 317.

ßerordentliche Strafe nennt, und wodurch die Verwechſelung mit jener andern verurſacht würde, die uns hier beſchäftigt, eine Herabſetzung der regelmäßigen vollen (und in dieſem Sinne ordentlichen) Strafe eintritt, weil der Thatbeſtand nur zum Theil erwieſen iſt, gewiſſer Merkmale Daſeyn aber nicht erwieſen oder deren Nichtdaſeyn erwieſen iſt, welche dann begreiflich nicht ſolche ſeyn dürfen, deren Mangel den ganzen Begriff des Verbrechens aufhebt, ſondern daſſelbe nur in einer geringern concreten Geſtalt beſtehen läßt[46]).

Jener

---

[46]) Wenn z. B. nur ein Merkmal des Diebſtahls fehlt, z. B. daß die Sache nicht eine fremde, daß ſie nicht invito domino, daß ſie nicht furandi animo genommen ſey, ſo fällt der Begriff des Verbrechens ganz weg, und es iſt nicht etwa doch ein Theil des Thatbeſtandes, ſondern es iſt gar nichts hergeſtellt. Wenn hingegen eine Kindertödtung, oder Kindermord im engern Sinne hergeſtellt iſt, ſo können gewiſſe Merkmale fehlen, ohne daß dadurch der Begriff des Verbrechens aufgehoben würde, indem dann nur der concrete Thatbeſtand nicht ſo vollſtändig iſt, um die volle und in dieſem Sinne ordentliche Strafe zu erkennen, z. B. wenn das Leben des Kindes und die tödtlichen Handlungen der Mutter, aber nicht (worauf manche Geſetzgebungen und Theoretiker einen Werth legen) die Lebensfähigkeit, oder die Verheimlichung der Schwangerſchaft erweislich vorhanden war; oder wenn bei der Anſchuldigung des Verwandtenmordes die Verwandtſchaft beider Theile, oder die Kenntniß dieſes Verhältniſſes von Seiten des Thäters nicht erwieſen iſt; hier bleibt doch Mord überhaupt übrig. Da hier aber doch die Thatſache, auf welche dies Urtheil gegründet wird, und in Anſehung deſſelben die Schuld erwieſen iſt, ſo daß die auszuſprechende Strafe wirklich eine ordentliche, nur nicht die volle iſt, ſo wäre es freilich beſſer, hier den Ausdruck außerordentliche Strafe zu vermeiden, der einen ganz andern Gegenſatz bezeichnet. Beide ſtimmen nur darin überein, daß ſie gelinder ſind, als die volle gewöhnliche Strafe, und daß die Bedingungen dieſer letztern nicht vorhanden ſind. Bei der letztern

Jener hohe und dringendere Verdacht, und die darauf gegründete Wahrſcheinlichkeit, ſind aber von der Gewißheit und Wahrheit ganz verſchiedene Qualitäten, die an ſich nicht als eine geringere Quantität im Verhältniß zu denſelben betrachtet, und demnach zu einer quantitativ geringern Strafe für genügend erachtet werden können, noch weniger ſo, daß dann jene Quantitäts-Unterſcheidungen auf einen ihnen fremden Begriff übertragen werden dürften. Nein, die außerordentliche Strafe auf Verdacht, wie ſie z. B. das Preußiſche Recht auffaßt, geht nicht von einem beſtimmt erkannten nur geringern Grade der Schuld aus, der darum mit Recht auch nur geringere Reaktion fordert, ſondern von einer nicht mit völliger Beſtimmtheit erkannten vollen Schuld, und hierin liegt der Grund, weshalb ſie geringer ausfällt, als es bei vollſtändigem Beweiſe der Fall ſeyn müßte. Wenn nun, wie es einmal iſt, auf jene Vorausſetzung eine Strafe ausgeſprochen werden darf und muß, ſo können, insbeſondere wo dieſe ſelbſt ſehr bedeutend iſt, (wie hier eine zwanzigjährige Zuchthausſtrafe) wo das Gericht ſelbſt in den Entſcheidungsgründen zugiebt, es ſey doch möglich, daß eine andere (jene fragliche Perſon) die That verübt habe — ſolche ſpäter entdeckte vermehrte Verdachtsgründe wieder keine

---

Strafe, welche einem beſtimmten Grad wirklich ermittelter Schuld entſpricht, iſt das, worüber erkannt wird, vollbewieſen und nicht zweifelhaft iſt, im Verhältniß zu den Erforderniſſen der vollen ordentlichen Strafe, wirklich ein quantitativer, aber nicht jener qualitative Unterſchied vorhanden, deſſen früher gedacht worden. Hiemit ſtimmt jetzt auch überein: Jarcke bei Hitzig a. a. O. Hft. XXIX. S. 172. 185. „daß die Strafe niemals ein Aequivalent des Beweiſes, ſondern der Schuld ſey.“

Erhöhung der Strafe begründen, da die Zuſätze, gleich der Baſis unſicher ſind; ſondern ſie mögen höchſtens als eine Beſtärkung der ſubjektiven Anſicht gelten, daß man ſich bei jenem frühern Verdacht nicht geirrt habe; ſie mögen beruhigen, indem der Zweifel, ob auch der Verurtheilte ſchuldig ſey, geringer wird, ohne jedoch dieſen ſeinen Charakter zu verlieren — mehr aber kann nicht zugegeben werden, wenn nicht zu der an ſich unſichern Weiſe noch Willkühr hinzutreten ſoll.

IV. Ueber die an eine ausserordentliche Strafe zu knüpfende Nebenübel.

Zum Schluße gedenken wir noch kürzlich einer andern Frage, zu welcher der Unterſchied der ordentlichen und der außerordentlichen (Verdachts-) Strafe Anlaß giebt. Wie ſoll es in Anſehung gewiſſer an eine Strafe und Beſtrafung geknüpfter Folgen gehalten werden, ſolcher mittelbaren oder unmittelbaren Nachtheile, die nicht weſentliche Beſtandtheile der Strafe ſind und ſo durch die ſtrafbare That ſelbſt, nach den beſtehenden Geſetzen verwirkt ſind, ſondern nebenher, oder nachher zufolge eines beſondern, hierüber zu faſſenden gerichtlichen Beſchluſſes eintreten, wobei das Faktum der erkannten Strafe, die einzige, aber nothwendige Vorausſetzung iſt? In jenem ausgenommenen Falle tritt nehmlich kein Zweifel ein. Wo die That ſelbſt, wenn ſie hergeſtellt iſt und für ſtrafbar erklärt wird, z. B. ein Amtsverbrechen die Unwürdigkeit die fernere Bekleidung eines ſolchen Amtes bekundet, möge nun dieſes in ſolcher Weiſe, oder wie

häufiger geſchieht, in der Art ausgeſprochen werden, daß ſie als nothwendige Folge der Strafart, und als Theil der Strafe erſcheint, z. B. mehrjähriges Gefängniß und Dienſt-Entſetzung, da tritt dieſe Folge ſtets ein, auch wenn die Strafe nur eine auſſerordentliche iſt, und es finden auch keine weiteren Bedenken ſtatt, als die ſich gegen dieſe Art des Erkenntniſſes überhaupt ergeben — doch können Vorbehalte gemacht werden, wie denn das Preußiſche Recht in der Regel keine entehrende Strafe, oder eine Strafe bis zur Ehrloſigkeit zuläßt [47]).

In der ſo beſtimmten Frage ſind aber wieder zwei andere enthalten, nehmlich, theils rückſichtlich ſolcher Folgen und Nachtheile, die ſich auf den Sträfling ſelbſt und allein beziehen, theils diejenigen, welche zugleich für irgend eine andere Perſon beſonders den durch das angebliche Verbrechen Verletzten, ein Recht, eine Genugthuung, begründen ſollen. Die erſte Frage iſt ähnlich, wie der ausgenommene Fall zu behandeln. Es wird wenn einmal eine Strafe, wäre ſie auch nur eine außerordentliche, erkannt wird, meiſt aus den geſetzlichen Beſtimmungen über die Strafarten, auch über die Folge im einzelnen Fall entſchieden werden können, wobei die dieſer Geſetzgebung zu Grunde liegenden allgemeinen Principien, die Sitte ꝛc. zur Norm dienen, im Zweifel aber auch hier, der gelindern, dem Angeſchuldigten minder nachtheiligen Meinung der Vorzug zu geben ſeyn dürfte. Die andere Frage iſt ſchwieriger. Wenn nehmlich, neben der Strafe etwas erkannt werden ſoll, was dem Verletzten ein Recht gewährt, ſo fällt

---

[47]) Vgl. oben Note 37.

dieſes, ſelbſt wenn es ſich nicht auf einen Vermögenswerth zurückführen läßt, doch in das Gebiet des Privatrechts im umfaſſendern Sinn, und hier iſt bekanntlich das Verhältniß ſo, daß ein Beweis in der einen Hinſicht, auf welchen Gründen er auch beruhen möge, nicht allgemein für zureichend in der andern gehalten werden kann. Nur eine theilweiſe Ausnahme macht der ſ. g. Adhäſions-Prozeß. So begründet z. B. das civilrechtliche Geſtändniß, zufolge einer angeſtellten furti actio, aus dem Delikt eine Summe ſchuldig zu ſeyn, die den Betrag eines großen Diebſtahls ausmacht, um ſo weniger auch den criminellen Beweis der zum Straferkenntniß wegen eines großen Diebſtahls erfordert wird, als die Schätzung des Werthes in der einen und der andern Hinſicht keineswegeſ nach den nehmlichen Grundſätzen erfolgt. Und umgekehrt läßt ſich, um dem Gegenſtand der Betrachtung jetzt näher zu treten, daraus, daß eine außerordentliche Strafe zuerkannt wird, nicht durchgängig der Schluß rechtfertigen, daß deshalb eine civilrechtliche Folge eintreten müſſe, deren Vorausſetzung der volle Beweis der Praemiſſion iſt, der auch meiſt in einem geſonderten Verfahren, jedoch ſo vorkommt, daß man ſich der Beweismittel bedienen darf, welche die Criminal-Unterſuchung darbietet. Gerade der Umſtand aber, daß die privatrechtliche Seite einer abgeſonderten Behandlung fähig iſt, führt auch über die erwähnte Bedenklichkeit hinweg, welche dagegen in den Fällen beſtehen bleibt, wo ſie mit der criminellen in ſo nahem Zuſammenhang ſteht [48]), daß hier eben der Zweifel

[48]) In allen eigentlichen Privatrechtsſtreitigkeiten, welcher auch ihr näherer Gegenſtand ſeyn möge, muß ſich zuletzt die Sa-

waltet, ob, was das Geſetz, auf die Vorausſetzung einer Strafe — alſo einer Schuld — nebenher auf den Antrag des Verletzten zuerkennen läßt, auch die Folge einer blos außerordentlichen Strafe ſeyn dürfe?

Dieſer Zweifel iſt neuerlich zur Sprache gekommen. Jemand hatte in einer Etiquette einer von ihm dargeſtellten Waare, eine Anpreiſung derſelben bekannt gemacht, mit einem, für das Publikum und den Verletzten ziemlich verſtändlichen Seitenblick, auf die unter gleichen Namen verkäufliche Waare, ihres frühern Erfinders, dieſen als Verfertiger, nachgemachter und unechter Waare bezeichnet, und war, wegen der, in Form eines Pasquills [49]) ausgeſprochenen Verläumdung, verurtheilt worden, jedoch nur zu außerordentli-

che auf ein beſtimmtes Vermögens-Intereſſe zurückführen laſſen, und dieſe wenigſtens bedingte Nothwendigkeit tritt häufig in der Executions-Inſtanz ein, z. B. wenn eine Handlung geleiſtet werden ſolle, zu welcher es keinen direkten poſitiven Zwang giebt. Vgl. Gaii Inst. Comm. IV. §. 48.: „Omnium autem formularum quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est; itaque etsi corpus aliquod petatur — judex non ipsam rem condemnat eum, cum quo actum est, sicut olim fieri solebat, sed aestimata re pecuniam eam condemnat. §. 49. Condemnatio autem vel certae pecuniae in formula ponitur, vel incertae. Vgl. §. 50. und 51. Bei unſern veränderten Anſichten bedient man ſich aber nicht mehr leicht der injuriarum actio aestimatoria, und dieſe würde, da von einer Criminalanklage, wenngleich in eigenthümlicher Prozeßform hier die Rede iſt, auch nichts zur Entſcheidung der Frage über die Wirkungen der außerordentlichen Strafe beitragen, da, mit Vorbehalt des Rechts öffentlicher Bekanntmachung des Erkenntniſſes in Preußen, der Antrag auf Privatgenugthuung wegfällt. A. G. O. Anhang §. 229.

[49]) Nach dem Begriff, den das A. L. R. Th. II. Tit. 20. §. 572. aufſtellt.

cher Strafe. Das Preußiſche Recht, hat mit Aufhebung der früher üblichen Privatgenugthuung, nur noch die dem Verletzten zuſtehende öffentliche Bekanntmachung des Urtheils, um ſeine gekränkte Ehre und ſeinen angegriffenen guten Ruf bei dem Publikum herzuſtellen und zu bewahren, beſtehen laſſen. Es wurde daher in dem Urtheil auch dieſes Recht dem Verletzten ausdrücklich vorbehalten. In den Verhandlungen — nach dem ſpätern reſp. Niederſchlagungs- und Aggravationsgeſuch, des einen und des andern Theiles, und in höherer Inſtanz kam nun auch zur Sprache, ob, was auf den Grund der Strafe eintreten ſolle, auf die ordentliche Strafe zu beſchränken, oder auch auf die außerordentliche auszudehnen ſey [50]?

Allgemein möchte ich zwar nicht die Behauptung rechtfertigen, daß, was eine Strafe vorausſetzt, auch auf den Grund einer außerordentlichen eintreten könne, da deren innere Verſchiedenheit hinlänglich bekannt iſt, und ich glaube daher, daß man, da ſich bei der Unſicherheit der hier angenommenen Principien, nicht mit gutem Erfolg eine durchgreifende Regel aufſtellen läßt, zweckmäßiger die jedesmalige Beſchaffenheit des beſtimmten Falles bei der rechtlichen Entſcheidung berückſichtigen werde.

Für den vorliegenden Fall bin ich aber der Meinung, daß mit Recht angenommen würde, daß, wenn auch nur im Wege außerordentlicher Beſtrafung, eine Verläumdung erkannt wurde, auch dem Verletzten das Recht nicht abgeſprochen werden dürfe, welches ihm die

---

[50]) Der Rechtsfall iſt umſtändlich vorgetragen in der angf. Zeitſchrift von Hitzig Heft XXVIII. S. 292. ꝛc.

Geſetze um ſo mehr geſtatten, als hierin ein Erſatz für die Oeffentlichkeit der Rechtspflege [51]) liegt, der in Fällen, wo dieſe zugleich für den unſchuldig Gekränkten eine Ehrenerklärung enthält, für nothwendig und erlaubt gehalten wird. Nur glaube ich nicht, daß man eine durchgreifend richtige Entſcheidung finden wird, wenn man von dem Begriffe, dem Unterſchiede, oder wieder den gemeinſchaftlichen Eigenſchaften der ordentlichen und der außerordentlichen Strafe ausgeht. Denn wenn man auch zugiebt, daß beide eine Schuld anerkennen, daß folglich auch hier der Verletzte, gegen den dieſe Schuld verübt wurde, jenes Recht der Genugthuung habe, wenn man annimmt, daß die Verläumdung, welche extra ordinem beſtraft wird, vorzugsweiſe den Verläumdeten getroffen habe, daß ferner, wenn der Staat kein Bedenken trägt, ein Strafübel auch extra ordinem zuzuerkennen, er eben ſo viel als hiezu nothdürftig erwieſen iſt, auch in jener hiemit innig zuſammenhängenden Rückſicht für feſtſtehend erachten müſſe — ſo kann man doch nicht umhin, auch wieder die Richtigkeit der Kehrſeite, und alles deſſen anzuerkennen, was ſelbſt die eifrigſten Vertheidiger der außerordentlichen Strafe nicht in Abrede zu ſtellen vermögen, und daß, da bei mangelndem

---

[51]) Wo Oeffentlichkeit der Rechtspflege, und was damit nicht nothwendig verbunden iſt, aber faktiſch Geſchwornengerichte über das Daſeyn der Schuld urtheilen, fällt das hier berührte Bedürfniß hinweg, weil eben dieſe Oeffentlichkeit und die Verurtheilung des Verläumders dem Gekränkten hinlängliche Genugthuung gewährt, auch noch öffentliche Blätter, z. B. die Gazette des tribunaux in Paris, die Verhandlung mit ihrem Ausgang bekannt machen — aber auch die Controverſen würden, wenn ſie eintreten könnten, dadurch beſeitigt, daß es keine Verurtheilung in eine außeroroentliche Strafe giebt.

vollen Beweiſe der Schnld, bei der Möglichkeit der Nichtſchuld — die hier das zweite Urtheil wirklich annahm [52]), der Sinn der außerordentlichen Strafe eben der ſey, mit Vermeidung der größern Uebel der ordentlichen Strafen nur eben dieſes beſchränkte Maaß anzuwenden ſey, welches in keiner Weiſe erhöhet werden darf. Für das Preußiſche Recht ſcheint mir vielmehr die Entſcheidung lediglich aus den für die Beſtrafung der Injurien, Pasquille, Verläumdungen ꝛc. aufgeſtellten geſetzlichen Beſtimmungeu [53]) entnommen werden zu können, deren richtige Würdigung wohl keinen Zweifel läßt, daß auch im Falle einer nur außerordentlichen Strafe wegen Verläumdung, den Gekränkten jene öffentliche Ehrenrettung gebühre.

Uebrigens wird durch dieſe Bekanntmachung, daß der Gegner wegen (Verdachts der) Verläumdung außerordentlich beſtraft ſey, auch für die Sache nicht mehr, als für die Strafe, als bewieſen angenommen, und es zeigt ſich, womit ſich der andere allenfalls tröſten könnte, wenn er unſchuldig leiden ſollte, derſelbe Zweifel für jenen privatrechtlichen Geſichtspunkt, der auf den criminellen, ſtatt findet.

Um aber nochmals auf den erſten Fall zurückzukommen, ſo läßt ſich nicht verhehlen, daß hier groſze Widerſprüche vorkommen können. Nach dem Preuß. Cr. R. ſoll die außerordentliche Strafe in dem engern oben bezeichneten Sinne nicht auf Verluſt der Ehre, Stand oder

---

[52]) S. Note 50. S. 325.

[53]) S. Note 48. a. E. und Hitzig a. a. O. S. 321. ꝛc.

oder Würden, ſich erſtrecken [54]). Demnach erledigt ſich freilich die Frage von ſelbſt, ob ſie den Verluſt des Adels nach ſich ziehen dürfe oder nicht, und es iſt mit Recht eine Anfrage: „ob in dem Falle, wenn ein des Diebſtahls Angeſchuldigter von Adel nur mit einer außerordentlichen Strafe belegt wird, auch auf den Verluſt des Adels zu erkennen ſey?" in einem Reſcript vom 11. Auguſt 1806 zur Reſolution ertheilt worden, „daß, da poena extraordinaria niemals auf Verluſt an Stand und Würden ausgedehnt werden kann, ſich dieſe Anfrage von ſelbſt erledige [55])." Da aber nach einem Reſcript vom 12. Mai 1800 wegen Diebſtahls und ähnlicher (eine niedrige Geſinnung bekundender Verbrechen) jedesmal auf den Verluſt des Adels erkannt werden ſoll [56]), ſo findet ſich wieder das Rechtsgefühl unbefriedigt. Dieſe außerordentliche Strafe ſetzt ihre Rechtfertigung darin, daß der Verurtheilte ſchuldig, daß er wirklich ein Dieb ſey; ſie kann nicht von der entgegengeſetzten Vorausſetzung ausgehen.

So wird alſo vor der Welt und den Standesgenoſſen Jemand als Dieb, als verächtliche Perſon behandelt, der in dieſem Fall die Anſprüche auf gemeine und beſondere Ehre verwirkt hat, oder, wenn dieſes nicht der Fall wäre, auch nicht einmal außerordentlich beſtraft werden dürfte. Zur Vermeidung von Wiederholungen will ich dieſes nicht weiter verfolgen.

---

[54]) S. die Note 37.

[55]) Mathis juriſt. Monatsſchrift. Bd. X. S. 307 bis 310. Richter Handbuch des Preuß. Straf-Verfahrens. III. S. 355.

[56]) Stengel Beiträge X. S. 457.

Mehrere kleine Druckfehler bittet man zu entſchuldigen, folgende Verbeſſerungen aber zu bemerken:

S. 24. Z. 9. v. o. ſt. unterworf l. unterwarf.
— 46. — 11. v. u. ſt. Richtig l. Wichtig.
— 47. — 12. v. u. ſt. Liſten l. Liten.
— 52. — 12. v. u. ſt. abweiſend l. abweichend.
— 55. — 1. ſt. wenn l. woran.
— 64. — 20. ſt. Droger l. Dreyer.
— 75. — 14. ſt. weder l. entweder.
— 80. — 5. ſt. ordnete l. änderte.
— 81. — 9. v. u. ſt. nicht l. und.
— 89. — 17. ſt. des Baſirbann l. das Beſiebnen.
— 106. — 9. ſt. rühmen l. rächen.
— 111. — 1. ſt. Männer l. Neuern.
— 121. — 6. v. u. ſt. emendae l. eruendae.
— 162. — 5. v. o. ſt. auch l. nicht.
— 167. — 6. ſt. vorgelegt l. vergleit.
— 176. — 8. v. u. ſt. gefraget l. gefreiet.
— 186. — 8. v. o. ſt. nicht l. und.
— 186. — 12. v. o. ſt. minder l. wieder.
— 196. — 2. v. u. ſt. Poſt l. Paß.
— 197. — 2. v. u. ſt. Terrain l. Termin.
— 201. — 19. ſt. nicht l. mit denen.
— 210. — 7. v. u. ſt. Verbrecher l. Verbrechen.
— 215. — 3. v. o. ſt. dahin l. darin.
— 215. — 5. v. o. ſt. aber l. oder.
— 222. — 12. v. u. ſt. Alternation l. Alternative.
— 244. — 5. v. u. ſt. wünſchend l. wünſchen.
— 245. — 16. ſt. laſſen l. beſſer.
— 248. — 9. v. u. ſt. richtige l. wichtige.
— 257. — 6. v. u. muß das Komma vor dem Worte iſt ſtehen.
— 260. — 11. v. u. ſt. Praemiſſion l. Praemiſſen.

Gedruckt bei Johann Friedrich Starcke.

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Abegg, Julius Friedrich Heinrich

Historisch-praktische Erörterungen aus dem Gebiete des strafrechtlichen Verfahrens

Bd.: 1

Berlin (1833)

Crim. 1 c-1
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10393590-0